

مرکز دینی - حلقہ دہریہ و کفر و انحراف و افسوس

الخطبة القضاية

على

رؤس الوزراء القبولية

في ولايتها القضاية

المستشار العام

مؤخر السرا

الترقية من الأمانة العامة للمستشار العام













مركز ريتيه - جان ديوي للقانون والتنمية

الرقابة القضائية  
على  
دستورية القوانين  
في فلاحها الفلسفية

المستشار الدكتور

عوض المير

الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا



## إهداء.....

إلى والدي رحمه الله وطيب ثراه

وإلى زوجتي الغالية ..... التي لولا صبرها علي،

وإحاطتها بي، ما كنت شيئاً.





## عرفان وتقدير



ما كان لهذا المؤلف أن يظهر في الصورة التي آل إليها، لولا أن رجلاً فريداً، وعالماً جليلاً عميق المعرفة، وصديقاً عزيزاً، تبناه، وتحمل شخصياً الجزء الأكبر من تكلفته، ثم أعدّه للطبع في مطابع جامعة سنجور التي شرفت برئاسته لها ..... إنه الفقيه الكبير والأستاذ الجليل ذو الخلق الرفيع ..... الدكتور/ أحمد القشيري.

وإني إذ أوجه لسيادته تحية من القلب، لأدعو الله تعالى أن يجزيه عنى خير الجزاء، وأن يكون الله جل علاه، رفيقه في كل خطوة يخطوها.

المستشار الدكتور

عوض محمد المر





## بسم الله الرحمن الرحيم

### تقديم

١- يباشر المحكمة الدستورية العليا في مصر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وقد عهد إليها الدستور بهذا الاختصاص، وأفردها بتوليده، حتى تغرد به.

ومنذ إنشائها، وهي تواجه الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمها بلحظة زمنية معينة. وإنما تتفاعل مع عصرها، وفق القيم التي ارتضتها الجماعة لتحدد على ضوئها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها؛ آخذة في اعتبارها أن النظرة الأعمق لحقوق مواطنيها وحرياتهم، لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن في الدول الديمقراطية، بما يرد عنها عدوان السلطة وانحرافها، ويقم لها ضماناتها، فلا يكون بصرها بأبعاد رقابتها على الشرعية الدستورية، إلا متطوراً بمفاهيمها.

٢- وكان لازماً أن تأخذ المحكمة الدستورية العليا -وهي تتولى التفسير النهائي لأحكام الدستور- بأمرين في اعتبارها:

أولهما: أن النصوص الدستورية لا تعتبر مجرد نصوص توجيهية يطبقها المشرع أو ينحياها وفق إرادته. ولكنها قواعد قانونية بمعنى الكلمة لا تعبر عن آمال في الفراغ، ولا عن صرخة في بيداء. وإنما تنقل آمال المواطنين إلى حزمة واقعية يعيشونها ويفيدون منها، وهي بذلك لا تتحول عن نزعتها الإيجابية التي تتغير بها ملامح الحياة، ويعاد تشكيلها على ضوئها.

ثانيهما: أن غموض بعض نصوص الدستور أو غرطحتها، ما كان ليحول دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لولايتها. وربما أعانها ذلك على أن تستخلص منها معانٍ أكثر لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تنوّر للدستور بالتالي المرونة اللازمة التي تقتضيها مواجهة أوضاع متغيرة بطبيعتها.

٣- ولا شبهة في أن الرقابة على الشرعية الدستورية -وعلى ضوء ما أصابها من تطور، واقتحامها مسائل تتعدّد جوانبها وتتباين الآراء حولها- لم تعد اجتهداً قائماً فقط على إعمال حكم العقل. بل صار قوامها في كثير من ملامحها حقائق علمية تجعلها من أفرع القانون التي تستقل عن

غيرها في جوهر أحكامها. وما يميزها اليوم هو اتساع دائرة تطبيقها لتشمل فروع القانون المختلفة بغض النظر عن موضوعها.

ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا تتناول النصوص القانونية جميعها، ما كان منها مدنياً أو تجارياً أو جنائياً أو عمالياً أو ضرائبياً، أو واقعاً في إطار مسائل الأحوال الشخصية؛ وإن تعين الفصل في دستوريتها على ضوء مناهج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التي تساندها المفاهيم الديمقراطية، في صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي تمثل من النفس البشرية جوهرها، والتي يرد تشويبها بخطاهم إلى السوء، فلا يقدمون لأمتهم من جهدهم شيئاً.

#### ٤- بيد أن لهذه الرقابة مشكلاتها وأهمها:

\* أن إعادة كتابة الدستور Rewriting the Constitution غير تطويره. ذلك أن إحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم، ليس مما تتوخاه الرقابة القضائية على الدستورية التي تتحصو مهمتها في فهم الدستور، وتطوير أحكامه عند الاقتضاء في نطاق دائرة يرتبط فيها هذا التطوير بالنصوص المعمول بها، مع إعطائها معان تكفل مفاهيمها الأكثر تقدماً؛ ليظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع، فلا يكون عصياً على تلبيةها.

\* أن التفسير الحق للدستور، إنما يتمثل في النظرة الأشمل للنصوص التي يتضمنها، والتي ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تكاملها. فلا يبدو جزءاً متناثراً، وإنما يقرّبها التفسير الصحيح لها -وبافتراض تعارضها- من بعضها.

\* أن كل تفسير لنصوص الدستور، ينبغي أن ينطلق من تصور مبدئي مؤداه أن أكثر معانيها ضماناً لرقى الجماعة، هي التي ينبغي "تزامها ووقفاً عندها".

ويتحقق ذلك بالإطّلال على الأفاق الجديدة التي ترتبط فيها دستورية القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، بضرورتها، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية.

ذلك أن خضوع الدولة بكل تنظيماتها للقانون، مؤداه أن يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدول القانونية عليها، وتتقيد هي بها، على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية باطّراد في مجتمعاتها، واستمر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها على تباينها،

لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحريتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

• أن تنوع حقوق المواطنين وحريتهم التي يكتفلها الدستور، يفترض تطبيقها بما يحق الأغراض المقصودة منها؛ وأن ترتبط دستورية القيود عليها، بقدر ملائمتها لضمان مبادئها بصورة أفضل.

كذلك فإن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تتكامل مع بعضها، وتتكافأ في منزلتها القانونية.

فلا تخرج فيما بينها، وإن كان من المسلم أنها لا تتعلل في أهميتها، ولا في قدر إسهامها في تطوير مجتمعها. بل يكون لكل منها دور يوافق الأغراض التي رصد عليها.

• أن الدستور يكفل لحقوق المواطنين التي نص عليها في صلبه، الحماية من جواثبها الضمنية، لا من معطيلاتها النظرية.

ولئن جاز القول بأن ضمانتها يتحقق من خلال تكاليف متنوعة، من بينها تلك التي تتخذها جهة الإدارة إلا أن الوسائل غير القضائية تقصر في كل الأحوال على أن تقدم لمن يلوذون بها، الفرضية التي وأملونها، ويقتضونها جبراً من المدينين بها. وبظل أثر هذه الفرضية كذلك مقصوراً على من طرق أبوابها.

ولا كذلك جهة الرقابة على الشرعية الدستورية التي يكون لها من حيادها واستقلالها؛ ومن أفرادها بالفصل في المسائل الدستورية؛ ومن الحجية المطلقة لأحكامها التي تقيد الدولة بكل فروعها والناس أجمعين؛ ومن تكاليف المناقضين أمامها ما يؤولها لفرض سيادة الدستور كسلسل ويحدد لمشروعية السلطة، وليس مجرد ضمان لحرية الفرد.

• أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا توجد دوماً اقيم السائدة في الجماعة وقت صدور الدستور. إذ لو جاز أن يفسر الدستور بعد مضي من تطبيقه، على ضوء القيم التي عاصرها، لاصار الدستور معبراً عن مفاهيم لم يجد للجماعة شأن بها.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ من ٤٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يعطل الدستور ليوليكها، ظل واقعاً على جهة الرقابة على الدستورية، مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة التي تعاشها، لا عن طريق إجهاد نصوص الدستور وافتعال معان لها لا يتصور ربطها بها؛ وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص، وقرآتها بصورة أكثر تقدماً على ضوء نظرة واقعية لا تحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة، بل يمد إليها شرايين جديدة تُعينها على الصمود.

\* إن أكثر ما يؤرق المعنيين بالمسائل الدستورية، أن الفقهاء لا يوجهون عادة اهتمامهم إلى جوانبها العملية، مما أحال دراستهم بشأنها إلى محاولة للتأصيل والتتظير من زاوية مجردة؛ وعلى ضوء شروح نظرية لا تنهل من الأوضاع الواقعية؛ ولا تؤثر في أنماط الحياة داخل الجماعة؛ وكأنهم يلقون دروسهم من شرفة عالية؛ وفي فراغ يحيط بها.

ولم يكن هذا النهج مقبولاً من المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أقام جهدها -وبالرغم من حداثة نشأتها- لكثير من المسائل صروحها؛ ولحقوق الأفراد وحررياتهم الحماية الحقيقية من خلال حلول قضائية حازمة منحتها ثقة مواطنيها بها، وجعل دورها متعاضداً ومؤثراً في فروع القانون جميعها، معدلاً كثيراً من جوهر أحكامها، ناقلاً إليها مفاهيم جديدة لم تألفها، تبلورها أفاق مترامية تقصر عن بلوغها حرفة نصوص الدستور.

وما كان لها أن تصل إلى غايتها هذه، بغير دفاعها عن الحق والحرية كطريق لا تبديل فيه، مما سارع بخطاها كقوة لها نقلها من الناحيتين السياسية والقانونية، وكرائدة لحماية أكثر فعالية لحقوق مواطنيها وحررياتهم، نفاذاً إلى عقولهم قل قلوبهم، وإثراء لحقل القانون بوجه عام، وعلى الأخص من خلال مفاهيم جديدة توافر القضاء المقنن على تطبيقها في مجال الشرعية الدستورية، وإن أعفلها بعض الفقهاء في مصر.

٥- ولئن ظل خصوم المحكمة الدستورية العليا، يتاجرونها عليهم بقوضون بنيانها، إلا أن صراعهم معها كان ميلاً لأهوائهم، وممالأة للسلطة نكولاً عن الحق، وتشويها لكل عمل صادق. ولم يكن ما ادعوه من عدوانها على السلطة التشريعية، وتقويضها لاختصاصاتها التقديرية، وإضرارها بمصالح عربية لمواطنيها، وإخلالها بأوضاعهم الاجتماعية التي استطلت نباتها، إلا بهتاناً.

فالمحكمة لا يعينها أن تنازع السلطة التشريعية في مواقفها، إلا إذ جاوزت الحدود التي رسمها الدستور للقوانين التي تقرأها.

وتباشر المحكمة ولايتها هذه -لا وفق مقاييس تصطنعها- بل على ضوء ضوابط موضوعية تستلهمها من فهمها للدستور؛ وربطها بين نصوصه؛ وتطبيقها لغاياتها؛ وعلى الأخص في مجال القيم التي اعتقها المجتمع في مجموع أفرادها؛ وبمراعاة أن حقوق مواطنيها وحرياتهم، لا تتحدد وفق ضوابط إقليمية، ولا على ضوء نزعة أحادية، بل بوصفها واقعة في إطار منظومة دولية لها خصائصها.

فلا يفسر الدستور بما يجافها. خاصة بعد أن صار تنظيمها شاملاً من خلال وثائق دولية تُفصل كل حق وكل حرية، وتبين التدابير الفردية والجماعية التي يجوز التدخل بها لصونها، وعلى الأخص في الدول النامية، والدول الأقل نمواً، التي تميل كثرتها إلى العدوان على حقوق مواطنيها وحرياتهم التي صار الإيمان بها في الدول الديمقراطية، جزءاً من أعرافها.

٦- ولا شبهة في أن ولاية السلطة التشريعية لا تعطى على المحكمة الدستورية العليا التي تراقبها بناء على نصوص الدستور ذاتها، فلا تتقيدان معا بغير أحكامه، ولا تتجران عن القيم التي احتضنها، بل تتوازنان في الخضوع لأوامره ونواهيها.

ولا يتصور بالتالي، أن يقع نزاع ذو شأن بين المحكمة والسلطة التشريعية، ولا أن يتعاملا كخصمين يتناحran، إذ هما مؤسستان أقامهما الدستور، ليكون تعاونها وفق أحكامه، قاعدة لا استثناء منها.

والقول بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا، قد يتضمن إخلالاً بأوضاع اجتماعية ثابتة، مردود بأن الأوضاع المناقضة للدستور، لا حصانة لها، ولا يصححها قدمها. فضلاً عن أن التسامح مع أوضاع خاضعة، مؤداه تراكمها واتساع دائرة العدوان التي تحيط بها.

٧- وترداد أهمية الرقابة على الشرعية الدستورية كذلك، من خلال انسحابها إلى كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً فيها.

ذلك أن مثل هذه المعاهدة تعتبر قانوناً بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

ومن ثم تعامل نصوصها كقانون في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية. فلا تخرج عن ولايتها حتى عند هؤلاء الذين يغلبون الطبيعة السياسية للمعاهدة على طبيعتها القانونية. أو ينظرون إليها باعتباره تعبيراً عن إرادة سياسية لا تجوز إعاقتها.

بل إن نصوص المعاهدة الدولية تثير صعوبة حتى في مجال تفسيرها وتطبيق قواعد القانون الدولي عليها.

فكذلك أن القول بها ترافعا على أحكامها قد يكون مفتوحاً. وقد يثور نزاع قس شلن نطلق تطبيقها، أو في مجال النصوص المتحفظ عليها فيها، أو على حدود جواز تجزئة أحكامها، ويمكن وقفها وإبطالها.

وتنقل للمعاهدة في كل صور تطبيقها -أي كل من موضوعها- قوة القانون.

واعتبارها كذلك، بخصمها وجوباً للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن جاز القول بأن مناهج هذه الرقابة وضوابطها في شأن المعاهدات الدولية، ينبغي أن تكون أكثر انفتاحاً مع طبيعتها، وصلتها بروابط الدول فيما بينها.

فلا تنحصر الرقابة القضائية على دستوريتها عن مجرد رؤية قانونية لأحكامها، بل تتدخل في تقييمها كل العوامل التي تتصل بمناسبته لإرساء الأوضاع التي توليها، والأكثر التي تعدها في علاقة مصر بغيرها من الدول.

٨- أن الحرية الشخصية لا تتغير قيمة مجردة من حقيقتها، ولكنها تسلم من النفس البشرية أعق خصائصها.

وأكثر ما يؤثر فيها أن تلك القود عليها على شهوة التحكم، وعلى الأخص من خلال نصوص جنائية لا تستبقيها الضرورة الاجتماعية كمن المادة ٨٠ من قانون العقوبات.

وصار ضرورياً أن تعرض المحكمة الدستورية العليا وقبيلتها في كثير أشكلها صرامة على تلك القوانين، خاصة وأن السلطة لا تنحصر لمعزاً لمن يزلوها؛ ولكنه يبلشها بغلبة عن الجماعة وأصلها وبكيفية منها.

ولا يجوز بالتالي أن تنحصر القوانين الجنائية لئلا غير مبرر؛ ولا أن تكون شبيكاً أو شركاً بقها المشرع، متسوداً بتداعها أو بخلفها من يتعن تحنها أو يخلطون مواقفها؛ ولا أن تكون نقيصة لضمالة الدفاع؛ ولا أن تسلم من أسل برامة المتهم من خلال قرائن تحكمية تفرض بها مسؤوليته عن الجريمة؛ ولا أن يسقى إلى جزاء بقوره المشرع بأثر رجعي؛ ولا أن تهدر أبعيته من خلال عقوبة تقسم بقصونها، أو ينقضي شؤنها مظاهر الاعكال؛ ولا أن يدان عن الجريمة بوسائل غير قانونية؛ ولا أن تكون الوسائل القانونية؛ إبطراً شكلياً لحقوق صورية في حقيقتها، بما يقوض فرصه في حياة أمنة.

٩- وقد جاوز قضاء المحكمة الدستورية العليا -مضمونه- حدود إقليمها، وصار لاقتا بأهميته أنظار كثيرين من الفقهاء في الدول الغربية إلى حد قول أحدهم في مؤلفه عن "القاعدة القانونية في العالم العربي" بأن هذه المحكمة -وبالنظر إلى هيكلها وولايتها وكيفية تشكيلها- أثبتت قدرتها أكثر من أية جهة قضائية غيرها، على أن تطور مداخل متماسكة، وأن تتابعها في كل المسائل الدستورية الأساسية التي تواجه بلدها<sup>(١)</sup>.

Far more than any other judicial body, the Supreme Constitutional Court, by reason of its structure, jurisdiction and composition, has been able to develop and pursue a consistent approach to the fundamental legal issues confronting the country.

وَأمل أن تتأثر المحكمة الدستورية العليا، على أداء هذا الدور، وألا ينقطع جهدها في ذلك.

١٠- تلك ملامح عريضة لحقائق لا يجوز إغفالها في مجال بنیان الشرعية الدستورية، التي جعل الدستور زمامها بيد المحكمة الدستورية العليا التي ترتبط مهابتها بقوة أحكامها؛ وبإصرارها على أن تكون سيادة الدستور حقيقة واقعة؛ وبنايها عن أن تكون طرفاً في صراع سياسي عقيم أيضاً كان مداه؛ وبحرصها على أن يكون الحق وحده، قاعدة لكل أحكامها.

فالحق بغير القوة وهم خادع؛ والقوة بغير الحق لا تزيد عن أن تكون شهوة وتسليطاً؛ ومزاوجة الحق بالقوة هي الطريق الوحيد لرقابة دستورية أكثر فاعلية، وحزماً.

ومؤلفي هذا اجتهاد على طريق تتواصل خطاه، وأمل أن يكون صائباً في أهم المسائل التي تتناولها. فإن قصر عن أن يحيط ببعض جوانبها، أو أخطأ في بعض أجزائها، فذلك شأن كل اجتهاد.

وما أراه هو أن أتناول أولاً الرقابة على الشرعية الدستورية في ذاتها؛ من جهة مصدورها، وضرورتها وطرائقها ومناهجها، وغير ذلك من خطوطها العريضة.

ثم أعرض في أجزاء تالية لحقوق الإنسان وحرياته المدنية والسياسية. فلذا أن الله لي بأن أتم بحثها. أعقبتها بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لنص لي خاتمة العقد ممثلة في الحقوق الجديدة -كالحق في التنمية- التي تطور بها الجماعة من نفسها ليحيا الفرد في نطاقها متكامل الشخصية حقاً وصفاً.

والله ولي التوفيق.

د. عوض محمد المر

الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا

(١) Nathan J. Brown [The George Washington University] "The Rule of law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf", Cambridge University Press. 1997. p. 117.

بسم الله الرحمن الرحيم

## الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

تمهيد

(١)

### سلطة الدولة

١- إن أكثر ما يميز الدولة، هو احتكارها لسلطة الردع المنظم. وذلك ما يُغايّر بينها وبين كل تنظيم آخر يوجد على امتداد إقليمها، اجتماعيا كان أم سياسيا. فالقوة التي تحوزها الدولة واستعمالها لها بما يحمل الآخرين على الرضوخ لسلطونها، هي التي تعطيها المكانة المتفردة في مجتمعها.

ولم يعد ممكنا مع وجود الدولة، أن يحصل أحد على حق يدعيه، أو على الترضية التي يطلبها لرد عدوان وقع عليه، إلا من خلال الدولة. فلا ينزع بيده ما يريد اقتضائه. وصار لازما بالتالي، ألا يكون استعمال الدولة لسلطتها القاهرة التي تنفرد بها في مواجهة مواطنيها، مرحليا، وأن تكون هذه السلطة ذاتها أداة لتنظيم سلوكهم الاجتماعي من خلال القواعد القانونية التي تقرضها. وهي قواعد تنفرد وحدها بتقريرها، فلا تصدر عن غيرها إلا بتقويض منها، سواء كان هذا التقويض صريحا أم ضمنيا.

٢- وهذه القواعد هي التي تشكل في مجوعها القانون الوضعي، وهو قانون لا يتصور أن يكون مضمونه، ولا درجة الحماية التي يكفلها لحقوق الأفراد وحررياتهم، موحداً بين الدول جميعها، وإن ظل تعبيراً حيا عن سلطة القهر التي تملكها، والتي تبلور بها سيادتها على إقليمها.

كذلك فإن الطبيعة المنزعة لقواعد القانون الوضعي، يفسرها أن الدولة هي التي تحمل المخاطبين بها -أيا كان مركزهم الاجتماعي- على النزول عليها.

ومن ثم صحت القول قانونا، بأن الدولة من أشخاص القانون العام من زلوية إقليمية وسيادية.

وهو ما يعنى ذاتيتها؛ وتشخيصها لأمتها؛ وانفصالها عن الشخصية الإنسانية؛ واعتبارها محورا لمصالح مجتمعها؛ واستقلال سلطتها في القهر عن مواطنيها؛ وعلو سيادتها على كل تنظيم تبسط عليه بأسها؛ وانفرادها بتحديد اختصاصاتها وكيفية ممارستها.



٣- بيد أن مفهوم السيادة تأثر بالنظم الديمقراطية، فوصفها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام ١٧٨٩ بأنها سيادة وطنية<sup>(١)</sup>، وركزتها المملكة المتحدة في برلمانها، واعتبرها جان جاك روسو سيادة شعبية.

كذلك وقع التباين بين الدول في كيفية ممارستها. فالنظم الديمقراطية التمثيلية تعهد بها إلى من ينيهم المواطنون عنهم في مباشرة المياد. وهي بعد نظم تغاير في مضمونها نظم الديمقراطية المباشرة التي يزاول المواطنون فيها بأنفسهم خصائص السيادة، ويجتمعون مع بعضهم البعض لإدارة الحوار، واتخاذ القرار في كل أمر يتصل بحياتهم اليومية مثلما كان عليه الأمر في الديمقراطية الأثينية<sup>(٢)</sup>، وهو ما قام الدليل بحدوثه على استحالة تحقيقه من ناحية واقعية.

٤- وكان ضرورياً لضمان مباشرة السيادة في حدودها المنطقية، وبما لا تحكم فيه- أن تقرّض الدساتير نفسها على السلطة السياسية كي تعيدها؛ وألا ننظر إلى الدستور كوثيقة منحها لمواطنيها جهة ألية كان قدرها أو موقعها؛ وأن يصاغ بالوسائل الديمقراطية التي يندرج تحتها إفراغ نصوصه في شكل قواعد قانونية تقرها جمعية منتخبة، أو طرحها على المواطنين في استفتاء عام لتحقيق توافق عليها.

على أن يكون مفهوماً أن الدستور، وإن تعلق بتنظيم الدولة، وتحديد نطاق وظائفها، وكيفية مباشرتها؛ إلا أن سيادة الدستور، لا تتحدد بالنظر إلى مضمون القواعد القانونية التي احتواها، وإنما على ضوء الأوضاع الشكلية التي تجعل تعديله عملية معقدة بالغة الصعوبة.

٥- ومن ثم كان منطقياً ضرورة التمييز بين دساتير مرنة تكون لنصوصها المرنية ذاتها التي تكون للنصوص التشريعية. ودساتير جامدة تحيطها في مجال تعديلها، قواعد إجرائية غير التي يقتضيها الدستور من السلطة التشريعية في مجال إقرارها لقوانين أو تعيّلها.

(١) تفررت الحكومة التمثيلية لأول مرة بفرنسا عملاً بدستور عام ١٧٩١ الذي يقضى بأن الأمة التي تستمد منها كل السلطات، لا يجوز أن تُفرضها إلا عن طريق الإثلية.

La nation de qui émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

(٢) كان الاجتماع يتم في مكان عام يسمى L'agora ولا تزال هذه الديمقراطية المباشرة تلمس دوراً في بعض الكائنات السويسرية.

وهذا التمييز بين الدستاتير على ضوء مرونتها أو جمودها، هو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن مناه علو الدستور على النظم القانونية جميعها وتصدره لها، لا يتطرق بمضامين نصوصه سواء فى مجال تنظيمها للسلطة أو تداولها، أو توزيعها، أو الرقابة عليها، أو تعريفها بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وإنما تتحقق السيادة لنصوص الدستور إذا نظرنا إليها من زاوية الأوضاع الشكلية التى تتصل أولاً بتكوينها؛ ثم بتأسيسها من قبل سلطة عليا تتبثق عنها السلطان التشريعية والتفنيية، فلا تكونان إلا من خلقها، ولا نتقيدان بغير القواعد التى تصدر عن تلك السلطة الأعلى لتحدد لكل منهما نطاق ولايتها.

كذلك فإن هذه الجهة الأعلى، هى التى تحيط تعديل نصوص الدستور بقواعد لها من صرامتها ما يغير بينها وبين تلك التى تلزمها السلطة التشريعية فى تعديلها لقوانينها.

وبغير هذه الأوضاع الشكلية التى تتصل بعملية تدوين نصوص الدستور، وكيفية تأسيسها وطرائق تعديلها، لا تتحقق السيادة للدستور، وإنما تنزل نصوصه منزلة للقوانين التى تضعها السلطة التشريعية.

بما مؤده أن الأوضاع الشكلية وحدها، هى التى تسمو بالدستور فوق القواعد القانونية جميعها. وبدونها لا تكون للدستور -ربض النظر عن الطبيعة الأمرة لقواعد- المكانة الأعلى<sup>(١)</sup>.

٦- على أن الدستور قد يكون مدونا من خلال إيداع القواعد القانونية التى تنظم السلطة وحقوق الأفراد وحرياتهم، فى وثيقة تكون أساسية من جهة طبيعتها.

وقد يكون الدستور عرفيا، إذا كان تطور قواعده قد تحقق من خلال الاقتناع العام بأهميتها وبضرورة النزول عليها، وبغير حاجة لتدوينها، مثلم هو الحال فى المملكة المتحدة وإسرائيل ونيوزيلندا.

فلا تكون الدستاتير العرفية إلا ثمرة تطور تاريخى أفرز فى النهاية نصوصها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية 'دستورية' قاعدة رقم ٣١ جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، ص ٤٠٨ من الجزء السبع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وقد تكون نصوص الدستور مدونة في بعض أجزائها، وعرفية في بعض جوانبها. وقد تكون أجزاء العرفية مصادمة في بعض ملامحها لجوانبه المدونة. وقد تملأ هذه الأجزاء العرفية فراغا فيما هو مدون من نصوص الدستور، فتكملها.

وقد يتأثر تفسير النصوص المدونة في الدستور، بالقواعد العرفية القائمة إلى جانبها، وإن ظل ثابتاً أن القواعد الدستورية العرفية، هي التي تنتم بإطراد العمل بها، والاهتتاع بضرورة تطبيقها، والخضوع لها، شأنها في ذلك شأن القواعد المدونة.

وفي الأعم، يكون الدستور المدون جامداً، والدستور العرفي مرنا. بيد أن عموم هذه القاعدة، لا يعني حظر الاستثناء منها. فالدستور المدون قد يكون مرنا، وغير المدون جامداً.

٧- وسواء كان الدستور مدونا أو عرفيا، فإن سيادة الدستور لازمها أن تهيمن أحكامه على كل قاعدة قانونية تليها في مرتبتها.

فلا تتحقق الغلبة إلا لنصوص الدستور التي تعلو بقامتها فوق غيرها من النصوص.

وما الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية -سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية- إلا ثمرة لتدرج القواعد القانونية فيما بينها، كل يعلو القاعدة القانونية التي تكتونه، ويجبها عند التعارض بينهما.

فلا يظهر الدستور في النهاية -ومن خلال هذا التدرج- غير ضمان نهائي لكل حق، ولكل حرية نص عليها.

وهو ما يعترض بالضرورة، أن يكون النظام القانوني -في مجموع مكوناته- متحررا من التحكم، وأن يبلور علو الدستور تصاعدا هرميا في السلطة التي تؤسس القواعد القانونية على تباين مراتبها.

ومن شأن الرقابة على الشرعية الدستورية، القائمة في حقيقتها على تدرج القواعد القانونية، إبطال النصوص المناقضة للدستور.

وهي رقابة لا تصادم الإرادة الشعبية، ولكنها تقويها من خلال فرض نصوص الدستور على الذين يعارضونها، ويأتون عملا على خلافها.

فالمسلطة التشريعية لا تمثل إرادة أمتها إلا في الحدود التي يكون فيها نشاطها واقعا في إطار الدستور، وموافقا بالتالي لأحكامه.

كذلك فإن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تباشر ولايتها بما يناقض إرادة أمتها، ولكنها تُعنى بأن تعليلها على ضوء القواعد التي حددتها لمباشرة السلطة.

وليس الدستور غير إطار للقواعد التي يبلور بها إرادة الأمة بصورة أكثر عمقا، وصرامة وتوثيقا، فلا تجوز معارضتها.

وما يقال من أن السلطة الأعلى ينبغي أن تكون للقانون، وأن مباشرة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لولايتها التي تبطل بها قوانين السلطة التشريعية -التي تتعاون اليوم مع السلطة التنفيذية- تعاوناً وثيقاً لتحقيق الخير العام- قد يؤدي إلى عدوانها على السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو إلى إرغامهما بقيود تطل مباشرتهما لوظائفهما بصورة فعالة، مردود بأن تفسير القواعد القانونية فرع من تطبيق القضاء لها في نزاع مطروح عليها.

ولا يقع هذا التطبيق بعيداً عن تدرج القواعد القانونية، وإنما يكون تطبيق الدستور وإخضاع كل قاعدة أدنى لأحكامه، جزءاً من عملية التطبيق القضائي للقانون بمفهومه العام.

وهو بعد تطبيق يزداد أهمية مع غموض أو انفراط نصوص الدستور المنظمة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وضرورة إخضاعها لضوابط ومناهج في التفسير تكفل لها أفضل ضماناتها.

٨- وسواء كان الدستور قد أنشأ جهة للرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، لضمان تصويبها قبل تطبيقها، فلا يكون وجودها قللاً؛ أم كان الدستور قد خول هذه الجهة مباشرة رقابتها في شأن النصوص الدستورية بعد العمل بها، بما يجيز إبطالها بعد سنين من تطبيقها، وتعلق كثير من الحقوق بها؛ فإن الرقابة القضائية على الدستورية تظل ضرورة. فلا يكون التخلي عنها إلا عملاً مناقضاً لمجهر الشرعية الدستورية، بل هو انقضاء عليها.

وتحويل هذه الرقابة لجهة سياسية، مواءمها باختصاص بالاعتراض على قانون قبل صدوره، أو بإبطال نصوصه بعد نفاذها، لن يكفل لهذه الرقابة فعاليتها، ولن يعطيها دوراً مؤثراً في مجتمعها.

ذلك أن هذه الجهة السياسية فى خصائص تكوينها، لن تكون قادرة على الفصل فى مسائل قانونية بطبيعتها.

ولن يكون تشكيلها كذلك غير عملية انتقائية تتولاها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو هما معاً، لتصطفى بنفسها من خلالها من تقدر بمقاييسها الشخصية، أنه أحق بالتميين فى جهة الرقابة القضائية على الدستور، لتقصد هذه الجهة استقلالها أو حيدها اللذين يعطيانها القدرة على مواجهة هاتين السلطتين وإبطال تشريعاتهما المخالفة للدستور.

كذلك فإن اختيار أعضاء هذه الجهة السياسية من خلال حق الاقتراع، يقربها من السلطة التشريعية، وقد يعطيها الأهمية ذاتها التى لهذه السلطة، أو يجعلها على الأقل مزاحمة لها، بما قد يعطل نشاطها بصفة نهائية<sup>(١)</sup>.

ومن ثم حق القول بأنه مما يتفق وطبيعة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تباشرها جهة قضائية لها من ضماناتها وإجراءاتها، ما يجعل عملها أكثر حيده وإحصافاً.

وليس لازماً أن تشكل هذه الجهة من بين أعضاء السلطة القضائية، وإنما يكفيها أن يكون عملها من طبيعة قضائية، وأن تباشره فى إطار قواعد إجرائية تكفل للخصومة الدستورية ضماناتها، وعلى الأقل فى حدها الأدنى.

وسواء كانت هذه الجهة محكمة عليا وحيدة لها دور مماثل لدور محكمة النقض مضافاً إليه رقابتها على دستورية القوانين<sup>(٢)</sup>؛ أم كان الاختصاص بنظر المسائل الدستورية معقوداً لمحكمة مركزية تتحصر فيها الرقابة على الشرعية الدستورية، فلا تشاركها فى ذلك محكمة غيرها. مثلما هو الحال فى مصر وفى جمهورية ألمانيا الفيدرالية وفى إيطاليا وفى كثير من الدول الأوروبية؛ فإن طرق التداعى أمامها، والآثار المترتبة على أحكامها، تتحدد أساساً بنص فى الدستور، وقد يصدر المشرع قانوناً مكملًا للدستور فى ذلك، وبمراعاة أن رقابة المحكمة فى شأن النصوص القانونية

(١) انظر فى ذلك مؤلف عنوانه القانون الدستورى والمؤسسات السياسية، كتبه أربعة فقهاء فرنسيون هم:

Charles Debbasch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude RICCI. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. 3ed édition, Economica, p.83.

(٢) مثلما هو الأمر فى الولايات المتحدة الأمريكية التى تباشر من خلال ولايتها الاستئنافية، رقبتها على الشرعية الدستورية.

المطعون عليها، تحكمها أصلاً مجموعة من الضوابط تتمثل في شرط الوسائل القانونية السليمة، وشرط المعقولية، وشرط التكافؤ في المعاملة القانونية، وشرط حرية التعاقد.

٩- ولئن جاز القول بأن المسائل الدستورية تناقشها عادة أكثر من جهة من بينها السلطة التشريعية، إلا أن تحويل جهة الرقابة على الدستورية الكلمة النهائية بشأنها، يجعل صوتها - من خلال أحكامها - هو الأعلى.

بل إن أحكامها هذه، ينبغي أن ينظر إليها؛ بحسبها مورداً متجدداً يعبر معاهيم الفاسور الدستوري، ويثريها.

ذلك أن نقطة البداية في دراسة مسائل هذا القانون، تبلورها حفيظة القيود التي فرضها الدستور على السلطين التشريعية والتقنية. وهي قيود لا يجوز لإحدهما أن تقيها، ولو كان بيدها إغواء المال وسطوة القوة<sup>(١)</sup>.

وكلما أقام الدستور إلى جوار هاتين السلطين جنة للرقابة القضائية على الدستورية، فإن مهتها لن تقتصر على مجرد ملء فراغ في النصوص، ولا على تفسيرها؛ وإنما هي القسم التي تنص عليها من هذه النصوص، وتطور من خلالها الأوضاع والاقتصادية والاجتماعية الفاتنة.

بل إن الحلول التي تخلص إليها جهة الرقابة، قد ينعقد الإجماع عليها، بالنظر إلى ضرورتها وموازنتها بين المصالح المتداخلة، بما يكفل حماية أقربها لتحقيق آمال مواطنيها وتطلعاتهم إلى مستقبل أفضل.

١٠- وينبغي دوماً أن ننظر إلى نصوص الدستور باعتبارها موجهة إلى أشخاص يتواجدون في مكان معين، وتحيطهم أوضاع لها ظروفها، وآمال يتطلعون بها، فلا تعزل مفاهيم هذه النصوص عن واقعها؛ لتكفل لهؤلاء الأشخاص حقوقهم التي لا يجوز النزول عنها أو إضعافها؛ وحررياتهم التي لا يجوز التضحية بها، وحقائق العدل التي يتعين إرساؤها، ومناهج التفسير التي لا ترقق آمالهم في معاملة قانونية لا تميز فيها، ولا تخل كذلك بسعيهم إلى سعادة تظلمهم<sup>(٢)</sup>.

---

(١) يقال عادة في الدفاع عن تولى السلطة القضائية الرقابة على الدستورية، إنها سلطة صعبة لا تملك سيف المعر أو دمه.

(2) Declaration of independence of the thirteen United States of America, July 4, 1776.

وحقوقهم وحررياتهم وأمالهم هذه، لها غاياتها التي لا يجوز أن تفوضها السلطة سواء بطغيانها أو بإهمالها؛ أو بإنكارها أن للناس جميعهم حقوقاً طبيعية وجوهرية لا يجوز الإخلال بها؛ من بينها -هم في الحرية الشخصية؛ وفي إرادة الاختيار؛ وفي ملكية بحوزونها ويستأثرون بمنافعها، وفي ألا تنضمهم سلطة لإسائها - وقد خلقهم الله تعالى أحراراً - بغير موافقتهم التي يفترض أن تنقيد بحدود الدستور والقانون.

(٢)

### بين توحيد السلطة وتقسيمها

١١- تتوحد السلطة باجتماع فروعها ومظاهرها في يد واحدة، سواء في صورة قانونية أو استبدادية. فلا تكون الجهة التي تباشرها إلا قابضة في شخصها - وفي مواجهة الدولة - على وظائفها الرئيسية.

وأكثر ما يقع ذلك في النظم الديكتاتورية التي يحتكر السلطة فيها ويمارسها شخص واحد، وإن تعين القول بأنه حتى في هذه النظم التي تدور السلطة فيها حول محور ينفرد بها، فإن تركيزها فيه، واحتجازها بيده، لا يفيد بالضرورة، امتناع التخلي عن بعض ملامحها لجهة أو أكثر تمارس اختصاصاتها في شكل مشورة تديبها، وعلى الأخص كلما كان ذلك ملائماً من أجل إنقاذ مظهر الديمقراطية.

وحتى في الأحوال التي توجد فيها ملطنان هما السلطة التشريعية والتنفيذية، فإن توحيد السلطة كثيراً ما يحقق بإخضاع أولاهما لثانيتهما.

ولا يقال عندئذ بأن السلطة جميعها، وفي كل أشكالها، بيد جهة واحدة. وإنما الألق أن ننظر إلى السلطة المهيمنة على أساس أنها تفرض إرادتها على غيرها، فلا تملك السلطة الخاضعة إلا الالتزام بتوجيهاتها.

وهو ما يعنى أننا أمام سلطتين لا تتوازنان قدرا ولا تكافآن أهمية. وإنما تمتص أولاهما السلطة التي نقابلها، وتحيلها إلى صورة رمزية لا قيمة لها، لتظل السلطة الحاجزة هي الأعلى، تحيط بتسلطها حقوق مواطنيها وحررياتهم، بما يفقدها جوهرها.

١٢- وقد تتوحد السلطة كذلك من خلال سيطرة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية بما ينتزع منها فرصة المبادأة في اتخاذ القرار، ويخضعها سياسياً لسطوة السلطة التشريعية، سواء فسي صورة واقعية أو قانونية تجد سندها - عند المدافعين عنها - في أن المبادأة لا يجوز تجزئتها بين أكثر من جهة، وإنما يتعين تركيز الإرادة الوطنية في السلطة التشريعية التي تفرد بالتعبير عنها، والتي تتخذ من أجل تحقيقها كل التدابير والأعمال الهامة في حياة وطنها، مع التخلي عن بعض المهام التي لا يسعها أو لا يلائمها النهوض بها، إلى سلطة أخرى تقيمها إلى جانبها، وتنبثق عنها، فلا تعادلها في اختصاصاتها ولا في وزنها<sup>(١)</sup>.

(٣)

### فصل السلطات من خلال توزيعها

١٣- بيد أن تطوراً عميقاً في المفاهيم القانونية والفلسفية والخلقية، حمل في ثناياه فصلاً للسلطة من خلال توزيع مظاهرها بين أكثر من جهة. واتخذ هذا الفصل صورتين يكون في إحداهما كاملاً: وفي أخراهما مرناً أو نسبياً.

وهو يكون كاملاً وصارماً، حين تتكافأ السلطة التنفيذية قانوناً مع السلطة التشريعية، فلا تباشر السلطة التنفيذية اختصاصاتها بتفويض من السلطة التشريعية، ولكنها تلقاها مباشرة من أمتها. كذلك لا تباشر السلطة التشريعية امتيازاتها من خلال خضوعها للسلطة التنفيذية، ولكنها تستقل عنها فسي ممارستها. وقام الدليل بعنذ من الحقائق التاريخية، على أن فصل هاتين السلطتين عن بعضهما فصلاً كاملاً، ليس إلا تصوراً نظرياً وعقياً. ذلك أن السلطتين التشريعية والتنفيذية يزاوجهما قدر من التعاون، يقتضى أن يكون الفصل بينهما مرناً، فلا يعملان كجزيرتين منعزلتين في بحر خضم؛ ولا يقيمان وراء جدران حاجزة؛ ولا يقيمان حدوداً قاطعة بينهما تتحدر بعلاقتها بيععض إلى أنسى مستوياتها. وإنما يكون التعاون بينهما إيجابياً متصاعداً وخلاقاً. وهو تعاون لا يفترض استقلالهما عن بعض بصورة كاملة، وإنما هو التداخل - بالتقابل - بين ولايتهما.

(١) وجدت حكومة الجمعية التشريعية في فرنسا مع دستور ١٧٩٣، وقد أنشأت هذه الجمعية بنفسها مجلساً تنفيذياً من ٢٤ عضواً عينتهم الجمعية لا يملك في مواجهتها سلطة التصريح، فلا يكون المجلس إلا تابعاً للجمعية التي لا تخشاه. ويختلف نظام هذه الجمعية بذلك عن النظم البرلمانية، ذلك أن البرلمان وإن كان يملك إسقاط الحكومة، إلا أن الحكومة توسعها حل البرلمان بشروط معينة



١٤- وقد دافع Montesquieu -في مؤلفه روح القوانين- عن تقسيم السلطة بين أكثر من فرع ليختص كل واحد منها ببعض مظاهرها، مع فصل الأفرع المختلفة التي تباشر السلطة عن بعضها، قائلاً بأن للنولة مهام اجتماعية رئيسية تلور وظائفها المختلفة. وتتمثل وظائفها هذه في سلطة عمل القوانين وتصحيحها وإلغائها؛ وسلطة تنفيذ هذه القوانين وإدارة الشؤون الدولية؛ وسلطة معاقبة الخارجين على القانون، والفصل فيما يعرضه الأفراد عليها من نزاعاتهم.

ولم يكن ما قرره Montesquieu على هذا النحو، من ضرورة تقسيم السلطة وفصل أفرعها عن بعضها، جديداً كل الجدة، بل سبقه John Locke إلى ذلك فيما قرره أن من اجتماع سلطة القانون وتنفيذه في يد واحدة، يخلوها حق التحلل من القوانين التي أقرتها، والعمل على توقيفها سواء عند إقرارها أو تطبيقها- مع مصالحها الخاصة.

ولكن الجديد عند Montesquieu هو القاعدة التي يرد إليها مبدأ الفصل. وحاصلها أن السلطة بطبيعتها تميل إلى العدوان، وأن إلزامها حدود الاعتدال، ينبغي أن يكون هدفاً ثابتاً ضماناً للحرية وتوكيداً لها، فلا تُفزع السلطة مواطنيها، أو تثير خوفهم منها.

ولا يجوز بالتالي أن تباشر جهة واحدة، مظاهر السلطة في أكثر جوانبها أهمية. بل يتعين تقسيمها بين سلطة تشريعية، وسلطة تنفيذية؛ وسلطة قضائية، تأسيساً على أن توزيعها على هذا النحو ضمان للحرية، وإعلاء لقدرها<sup>(١)</sup>، على أن يكون مفهوماً أن الحرية لا ترخص لأحد بإتيان ما يراه من الأعمال، ولكنها تعمل في إطار الدستور والقانون اللذين يحددان لكل فرد دائرة الحقوق التي يملكها والتي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون.

بما مؤده أن الحرية هي حق إتيان الأعمال التي يرخص الدستور أو القانون بها، ويُلزَن كذلك بإجرائها في إطار من الشروط المنطقية التي تكفل توافق هذه الأعمال مع قيم الجماعة ومصالحها.

ولا يتأتى ضمان هذه الحرية بالتالي بخير مراعاة موازين الاعتدال *La modération* التي تحول دون إساءة استعمال السلطة وانحرافها، ذلك إن الحقائق التاريخية على امتداد العصور، تشهد

(١) وقد تأثر بأراء مونتسكيو بعض القضاة الأمريكيين الذين يرون أن الفصل والتوازن بين السلطات يوجه عام، لم يتردد بقصد مجرد ضمان حكومة قادرة على النهوض بأعبائها، بل كذلك لصون الحرية الفردية وضمانها.

The purpose of the separation and equilibration of powers in general, was not merely to assure effective government, but to preserve individual freedom. See, Scalia dissenting opinion in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, (1988).

بأن الذين يحوزون السلطة، يميلون إلى استخدامها في غير أغراضها، وأن منعهم من مجاوزة الحدود المنطقية التي يباشرون السلطة من خلالها، يقتضى حملها على الاعتدال والمعوقلية. ولا يكون ذلك إلا من خلال مقابلة السلطة التي يباشرونها بسلطة توقفها Le pouvoir arrête le pouvoir.

ومن ثم كان اجتماع السلطتين التنفيذية والتشريعية في يد واحدة، إنهاء للحرية التي تُمنحها قوانين سيئة يتم تنفيذها بصورة عدوانية.

كذلك فإن دمج السلطة القضائية في السلطة التشريعية يحول قضائتها إلى مشرعين يعصفون بالحرية أو يستبدون بها. وإلحاقهم بالسلطة التنفيذية يمنحهم قوة القهر، ويمد لهم شرايين الطغيان.

ولا مفر بالتالي من فصل كل سلطة عن غيرها، مع ضرورة أن تعمل جميعها بتناغم فيما بينها حتى لا يؤول هذا الفصل إلى تعويق حركتها.

(٤)

#### تقسيم السلطة ضمان ضد الطغيان

١٥- بيد أن تقسيم السلطة بين أفرعها وفصلها عن بعضها البعض، وإن كان ضماناً ضد الطغيان، وتوثيقاً للحدود التي احتجز الدستور داخلها ولاية كل فرع منها؛ وكان ثابتاً كذلك أن هذا الفصل لا يجوز أن يكون مطلقاً، ولا منها كل تعاون بين أفرع السلطة فيما بينها، ولا حالاً دون تبادلها الرقابة فيما بينها، بما يوازن بعضها ببعض<sup>(١)</sup> Cheques and balances، إلا أن نطاق الولاية التي يباشرها كل فرع وفقاً للدستور، قد يشوبها غموض يؤول إلى تنازع الأفرع الثلاثة فيما بينها Conflict - producing ambiguities، وإلى فضها لخلافاتها عن طريق القوة السياسية التي تحتكم لها بما يسخر أدواتها في الصراع لتحقيق مصالحها الضيقة.

وفي ذلك خطر كبير لا يقلم أظافره غشير اقتران فصل السلطة بالعمل على منع تركيزها بصورة متزايدة في جهة واحدة<sup>(٢)</sup>.

(١) يتداخل عمل هذه الأفرع مع بعضها، فحق الاعتراض على قانون صدر عن السلطة التشريعية مخول لرئيس الجمهورية. وحق اتهام رئيس الجمهورية في شأن الجرائم التي ارتكبتها، مخول أحياناً للسلطة التشريعية.

(٢) Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th edition, Westbury, New York, The Foundation Press Inc. 1991, p.311.

ويظل واضحاً أن فصل أفرع السلطة عن بعضها، مردّه إلى نصوص الدستور ذاتها التى لا يجوز -فى مجال تحديد معانيها- أن ننظر إلى كلماتها وحدها، بل ينبغى أن نعتد بما نقرؤه بين سطورها من مفاهيم كتبتها الحياة فوقها<sup>(١)</sup>.

It is inadmissible by narrow conception of constitutional law to confine it to the words of the Constitution, and to disregard the gloss which life has written upon them.

بما مؤداه أن تعمل المصادر من السلطة التنفيذية - ولو كان الدستور لا يظاھر به بنصوص صريحة - لا تجوز معارضته، إذا كان ترديداً لأعمال أُنْتُهت من قبل بصورة مطردة، ولأزمان مترامية؛ وكان اتصال هذه الأعمال بعلم السلطة التشريعية -وبغير منازعة منها- ثابتاً على امتداد حلقاتها.

(٥)

#### فصل السلطات لا ينبغى تداخلها

ولئن صح القول بأن فصل السلطة وفقاً للدستور -يُتحقق من خلال اختصاص كل فرع ببعض مظاهرها، إلا أن التداخل الجزئى لبعض هذه المظاهر مع بعضها من خلال تعاون الأفرع التى تباشرها- لا يعنى دمجها ببعض. Partly interacting and not wholly disjoined.

وينبغى أن يلاحظ كذلك ما يأتى:

أولاً: أن لكل فرع سلطاته الضمنية اللازمة عقلاً لإنفاذ مجموع سلطاته التى صرح الدستور بها. فلا تكون سلطاته الضمنية، إلا كامنة فى سلطاته الممنوحة، وضرورية لمباشرتها.

Powers implied from the aggregate of express powers granted under the constitution.

فالسلطة التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم عملية الاقتراع وتأمينها بما يصون تكاملها، ويحول دون طرق الرشوة إليها أو إفسادها على نحو آخر؛ فرع من سلطاته فى أن يعمل على صون أجهزة الدولة ومؤسساتها مما يعوق حركتها أو يدمر بنيانها.

(١) Justice Frankfurter concurring opinion in *Youngstown sheet & Tube Co. V Sawyer* [The steel Zeizure Case] 343 U.S. 579, (1952).

وكل اختصاص صرح الدستور به لجهة بعينها، يتدرج فيه ضمنا ما يكون لازما لمباشرته بصورة فعالة. فاختصاص رئيس الجمهورية بإعلان الحرب، يخوله ضمنا اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير الجيوش بعد إعدادها وتجهيزها للقتال<sup>(١)</sup>.

أما في نطاق الشؤون الخارجية، فإن حقوق الدولة وسلطانها تعادل تلك التي تكفلها قواعد القانون الدولي لغيرها من الدول. ذلك أن الدولة تعتبر عضواً في الأسرة الدولية، ولها بالتالي كأفة الحقوق التي تتكافأ فيها مع غيرها من الدول دون نقصان، وإلا كان القول بتمتعها بالسيادة الكاملة وهما.

ومن ثم تعتبر الحقوق المقررة لغيرها من الأمم ثابتة لها، ولو لم ينص الدستور عليها<sup>(٢)</sup>. ومن بين هذه الحقوق، سلطتها في إبعاد غير المواطنين من إقليمها، وسلطتها في منعهم من دخول إقليمها وتنظيم شروط إقامتهم فيها<sup>(٣)</sup>، وإقرار القوانين اللازمة لتحديد إطار علاقاتها الخارجية مع غيرها من الدول.

ثانياً: على الدولة بكل سلطاتها -ودون ما نص في الدستور- أن تتخذ التدابير اللازمة لإيفاء التزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم The Law of Nation.

ولا يجوز لها على الأخص أن تلحق ضرراً بغيرها من الأمم التي تسالمتها، ولا بمواطنيها الموجودين في إقليمها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن >>الامتياز المصرية جميعها، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً؛ بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه -فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها- من مخاطرات تلوح نذرها أو تشخص

(١) كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بإبرام معاهدة دولية، يخوله ضمنا حق إبرامها إذا لم يحدد الدستور سلطة الإنهاء على نحو آخر.

(٢) ينبغي أن يلاحظ أنه على صعيد الدول العبرالية، فإن الحكومة المركزية هي التي تتمتع بالسيادة في مجال الشؤون الخارجية. أما ولاياتها فليس لها نصيب منها.

(٣) يعتبر الحق في إبعاد الأجانب من الإقليم من أعمال السيادة، بل إن هذا الحق لا يقع في اختصاص السلطة التشريعية وحدها وبما يعتبر كامناً في نطاق ولاية السلطة التنفيذية في مجال إدارتها للشؤون الخارجية.

الأضرار التي توكبها، ولو لم تكن هذه المخاطر من طبيعة مادية، بل كان من شأنها أن تستهض

واجب للدولة في التدخل تشريعياً لمواجهة التزاماتها الدولية التي حل أجل إيفائها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تقتصر مهمة السلطة التشريعية على إقرار القوانين التي ترتبها ملائمة أو ضرورية لمواجهة أوضاع قائمة في مجتمعها. وليس لها بالتالي أن تفصل فيما إذا كان المخاطبون بها، قد استوفوا شروط تطبيقها؛ وإلا كان ذلك تدخلاً منها في شئون السلطة القضائية.

رابعاً: لا يجوز لأية سلطة، أن تتدخل في اختصاص أفراد الدستور لغيرها، ولو كان تدخلها أكثر ملاءمة؛ أو كان القرار الصادر عنها أكثر موضوعية.

ذلك أن موضوعية أو ملاءمة قراراتها الصادرة فيما يجاوز اختصاصها، لا يندرج في إطار الأغراض الأولية التي تتوخاها النظم الديمقراطية.

خامساً: أن تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة تتولاها، وفصل هذه الأفرع بعضها عن بعض، وإن آل أحياناً إلى تنازعها؛ إلا أن تعاونها وتداخل اختصاصاتها في بعض صورها<sup>(٢)</sup>، ومراقبة بعضها لبعض، توحي دوماً أن يكون نقاشها حول المسائل التي تتصل بمصالح مواطنيها في مجموعهم، حياً، مفتوحاً، وعريضاً<sup>(٣)</sup>.

(٦)

#### حد السلطة هو مباشرتها لولايتها وفقاً للدستور

١٦- ويرعى الدستور الحدود التي يباشر فيها كل سلطة ولايتها، بما تنفق وطبيعة وظائفها، ما لم يكن خروجها على وظائفها الطبيعية مكفولاً بنص خاص في الدستور، كحق رئيس الجمهورية في اتخاذ تدابير لها قوة القانون في حالة الضرورة وفقاً لنص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - ص ٢٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، يعتبر تدخلاً في العملية التشريعية. كذلك فإن حق الكونجرس في الولايات المتحدة الأمريكية في اتهام بعض الموظفين عن طريق مجلس النواب، ومحاكمتهم بواسطة مجلس الشيوخ، تعتبر تدخلاً في الوظيفة القضائية.

(٣) Justice Powell's concurring opinion in INS v. Chadha 462 U.S. 919, (1983).

وليس للسلطة التشريعية بالتالى أن تفصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها حق اتهامهم ومحاكمتهم عن جرائم نص عليها بالنظر إلى خطورتها<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يكن الدستور قد منحها هذا الاختصاص؛ فإن تدخلها فى الطريقة التى يتم بها تنفيذ القانون، يخل باختصاص مقرر أصلاً للسلطة التنفيذية وفق طبيعة وظائفها. وينبغى أن يعامل هذا التدخل كاعتراض مرفوض من جانبها، على مباشرة السلطة التنفيذية لولايتها المنصوص عليها فى الدستور.

ويظل تدخل السلطة التشريعية، على النحو المتقدم، مخالفاً للدستور، ولو كان القانون الصادر عنها قد خولها حق فصل القائمين على تنفيذ القانون لانعدام كفايتهم، أو لإهمالهم فى أداء واجباتهم، أو لسوء إدارتهم للوظيفة التى يتولونها.

ذلك أن أسبابا للفصل كهذه، تنسم بتميعها وبتناسع مفاهيمها، وخروجها على القواعد اللازمة لضبط النصوص القانونية، بما يمنح السلطة التشريعية حق إيقاع جزاء بناء على وقائع صاغتها بنفسها فى حدود غير ضيقة. كذلك فإن مباشرتها لهذا الاختصاص، يعنى تقييمها لأعمال هؤلاء الموظفين للفصل فى تطابقها مع الأغراض التى توختها تشريعاتها، وأن تنحيزهم عن وظائفهم إذا باشرها على نحو يعتبر فى تقديرها خروجاً على مقاصدها من القوانين التى أقرتها.

بل يجوز لها كذلك فصلهم، ولو كان نقضهم للأغراض النهائية لهذه القوانين، محتملاً. وهو ما لا يأذن الدستور فيه، أو يرخص به.

وحتى لو صدر عن السلطة التشريعية قانون يخولها حق تعيين موظفين يتولون مراقبة تنفيذ قانون الميزانية، ويكونون مسئولين قبلها، فإن تعيينهم استقلالا عن رئيس الجمهورية، يخل بواجبه المنصوص عليه فى الدستور فى أن يرعى أمانة تنفيذ القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية. ولا يجوز بالتالى أن تحتكر السلطة التشريعية لنفسها حق فصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها هذا الاختصاص.

(١) من بين هذه الجرائم وفقاً للدستور الأمريكى، جرائم الخيانة والرشوة.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون قرار السلطة التنفيذية بفصل موظفيها لخروجهم عن حدود واجباتهم، معلقاً نفاذه على موافقة السلطة التشريعية.

١٧- وتعاون الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، لا يدخل أحد هذه الفروع العدوان على اختصاص قررته الدستور لفرع آخر.

ذلك أن استقلالها المطلق عن بعضها البعض وإن كان غير متصور، إلا أن الفصل بينها يدل بالضرورة على أن الاختصاص المحجوز لكل منها، لا يجوز مله، وإلا كان التدخل فيه غصباً للسلطة Usurpation of Power.

يؤيد ذلك إن ما توخاه الدستور من ضمان قدر من التعاون بين الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، مع مراقبة بعضها لبعض في الحدود التي نص عليها، هو تحقيق نوع من التوازن بين سلطاتها بما يجعل هذه الأفرع متكافئة في وزنها. ومما يناقض تساويها وتوازنها، أن يعتمد فرع من بينها إلى أن يقبض بيده على مظاهر السلطة جميعها، أو على جوانبها الحيوية، ولو كان ذلك بصورة تدرجية، وتراكمية.

ذلك أن الاختصاص لا يباشر إلا كاملاً دون نقصان، ولا يخلص إلا للجهة التي تتولاه وفقاً للدستور<sup>(١)</sup>.

A system of separate and coordinate powers necessarily involves an acceptance of exclusive power that can theoretically be abused.

فضلاً عن أن عدوان فرع على اختصاص مقرر لفرع آخر - ولو كان ذلك بصورة جزئية، أو واقعا في منطقة قليلة الأهمية - لا يقل سوءاً عن إنتهاب هذا الاختصاص بصورة كاملة أو جوهرية.

ويظل مخالفاً للدستور بالتالي، كل عدوان على اختصاص لأحد أفرع السلطة، ولو كان لا يدخل بجوهر وظيفتها، بل يمسها بصورة جانبية.

(١) Justice Brandeis dissenting opinion in Morrison V. Olson 487 U.S. 654 (1988).

ذلك أن التمييز بين ما يعتبر جوهرياً أو ثانوياً من مضمون الاختصاص، لا يقوم على فواصل دقيقة أو معايير حادة. ومثل هذا التمييز يدفعنا كذلك إلى أغوار عميقة يتعدى سبورها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن نحقق في الدرجة التي انخفض إليها الاختصاص، ولا في نسوع أو قدر العوائق التي تعترض جريانه. فالاختصاص هو الاختصاص؛ إما أن يباشر كاملاً غير منقوص، وإما أن تكون الحكومة غير خاضعة للقانون على الإطلاق.

#### وينقرع عن هذا الأصل:

\* أن العنوان على اختصاص السلطة التنفيذية في مجال مراقبتها لأعمال موظفيها، وفصلهم إذا هم خرجوا على واجباتهم، لا يكون مبرراً، ولو قيل بأن أعمالهم تخالطها ملامح تشريعية أو قضائية.

ذلك أن التمييز بين وظيفة تنفيذية صرفه، ووظيفة شبه تشريعية Quasi - legislative وأخرى شبه قضائية Quasi - Judicial، يفتد إلى صواب موضوعية، فلا يكون سائغاً في حكم العقل.

\* أن حق السلطة التنفيذية في التخلي عن اعترافها بحكومة أجنبية، يخولها إنهاء معاهدة دفاع متبادل أبرمتها معها، ولو كان الدستور قد شرط لتصديقها على هذه المعاهدة وإنفاذها بالتالي فيما بين أطرافها، أن تكون السلطة التشريعية قد أقرتها قبل التصديق عليها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن إنهاء السلطة التنفيذية لمعاهدة قائمة، يعد من المسائل السياسية التي لا يجوز لجهة قضائية أن تخوض

(١) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل فيصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة. وهي باعتبارها كذلك تنصدر قواعد النظام العام. وإذا كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما تبشره من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها، بل تعد استثناء يرد على أصل انحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظائفها؛ وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية، وبين صورة تفصيلية لقواعد ممارستها، فقد تعير على كل سلطة في مباشرتها لها، أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردعها إلى صوابها الدقيقة التي عيّن لها الدستور. وإلا وقع عملها مخالفاً لأحكامه.

دستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ ص ٢٩٤ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.



فيها. ذلك أن إنهاءها لهذه المعاهدة بقرار منفرد منها، يعتبر نتيجة عرضية مترتبة بالضرورة على سحبها لاعترافها بالحكومة الأجنبية التي كانت ترتبط معها بهذه المعاهدة<sup>(١)</sup>.

١٨- وللسلطة التشريعية كذلك، ولو قيل اكتمال مدة التفويض الصادر منها لرئيس الجمهورية، أن تنتهي، ولو لم يكن رئيس الجمهورية قد جاوز حدود هذا التفويض.

ولا يعتبر القانون الصادر عنها بإنهاء التفويض، تدخلًا منها في اختصاص مخول لرئيس الجمهورية، ولكنها تستعيد بإنهاء التفويض، ما نقص من ولايتها التشريعية بمقتضاه.

كذلك فإن إكثار السلطة التشريعية من صور التفويض التي تمنحها لرئيس الجمهورية بما يندرج على تخليها عن وظيفتها التشريعية في جوانبها الأكثر أهمية Excessive Delegation، يثير بالضرورة مسؤوليتها السياسية، وي طرح كذلك مخالفة هذا التفويض الآتية.

ذلك إن الأصل هو أن تباشر السلطة التشريعية بنفسها ولايتها كاملة، فلا تتخلى لغيرها -مر خلال التفويض- عن اختصاص كفه الدستور لها، إلا وفق أحكامه، وفي أضيق الحدود، وبشروط تكفل تحقيق التفويض سواء من جهة طبيعة المسائل التي يتناولها، أو الأسس التي يقوم عليها تنظيمها، أو المدة التي ينحصر فيها -لأغراض التي يتوخاها.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا، >> بأن ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون، مؤداة أن حالة الضرورة والأوضاع الاستثنائية، هما اللذان يجيزان تفويض رئيس الجمهورية في مباشرة بعض مظاهر الولاية

(١) أثير نزاع في الولايات المتحدة الأمريكية بعد اعترافها بحكومة الصين الشعبية وسحبها لاعترافها بحكومة تايوان. ذلك أن تخليها عن الاعتراف بحكومة تايوان حملها على إلغاء معاهدة الدفاع المشترك التي كتبت قد أبرمتها معب مما دفع بعض أعضاء مجلس الشيوخ الأمريكي لرفع دعوى أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة بمتروكون فيها على إنهاء رئيس الجمهورية لمعاهدة الدفاع هذه بقرار منفرد من جانب في الوقت الذي يتطلب فيه الدستور الأمريكي موافقة ثلثي أعضاء مجلس الشيوخ على المعاهدة قبل التصديق عليها. إلا أن المحكمة لم تقبل الدعوى ورفضتها دون النظر في موضوعها، وانقسم قضاتها فيما بينهم حول أسباب الرفض، وإن قال أربعة منهم بأن القضية تثير مسائل سياسية لا يجوز الخوض فيها، وقرر أحد قضاتها بأن النزاع المعروض لا يدخل في نطاق هذه المسائل.

التشريعية، وهما طرفان لا يجوز أن تتعرض السلطة التشريعية فيهما، ولا أن تصرهما على نحو مرن، وبهما معا يتحقق مناط التفويض>>.

>> وليس لها كذلك، أن تنقل -من خلال التفويض- ولايتها التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية؛ ولا أن تقر قانون التفويض بأقل من أغلبية ثلثي أعضائها، وذلك لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تغريظ فيها. وعليها دوماً بمقتضى نص المادة ١٠٨ من الدستور، أن تعين بنفسها "محل التفويض" وذلك من خلال تحديدها القاطع للمسائل التي يتناولها، وأسس تنظيمها بقصد ضبط موضوع التفويض. وهي مكلفة كذلك بأن تجعل التفويض موقوتاً بميعاد معلوم كي تكون مدته حداً زمنياً لا يجوز أن تتخطاه السلطة التنفيذية في ممارستها لاختصاصها الاستثنائي>>.

وخول السلطة التشريعية كذلك مراقبة تفيد السلطة التنفيذية بحدود التفويض، فألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لقانون التفويض، وذلك في أول جلسة تدعى إليها بعد انتهاء مدة التفويض.

فإذا لم تعرض هذه التدابير على السلطة التشريعية، أو ولم تقرها بعد عرضها عليها، زال ما كان لها من قوة القانون وكل ذلك ضماناً لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي في حدود القيود التي عينها الدستور، حصراً لنطاقه، وضبطاً لقواعده(>).

١٩- والقول بأن كثيراً من الدول تتعقد مجتمعاتها بصورة متزايدة، بما يعجز السلطة التشريعية فيها عن مباشرة مهامها بصورة مقتدرة، ما لم تعوض غيرها في بعض اختصاصاتها في إطار خطوط عريضة وتوجيهية، مردود بأن حدود التفويض لا يجوز أن تنسم بإبنيهماها، ولا بانسسيابها أو إفراطها.

بب يتعين ضبطها بما لا ينتزع من السلطة التشريعية جوهر ولايتها، Encroachment Power، لتباشرها الجهة التي سلبتها منها بدون حق. وفي ذلك خطر كبير يتأتى من تجاه ميزان القوة لصالح السلطة التنفيذية، ليزداد عودها صلابة بما يجعل تجميعها لسلطاتها وتضاعفها Accumulation of

(١) دستورية عليا -الفصية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٣٥ -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ ص ٣٥٨ من المحل الأول من الحرة الخامس من مجموعة أحكامها.

Power، وكذلك تضخمها، Aggrandizement of Power نهجاً ثابتاً لها، يعق طغيانها ويزيد وطأتها على من تمسبها ببأسها.

ويتصل بما تقدم، أن تقرير السياسية الجنائية، وتحديد ملامحها من خلال نصوص قانونية تبين الضرورة الاجتماعية التي يقوم التجريم عليها، و موازين العقوبة التي يجوز فرضها على المذنبين؛ مما يجب أن تتولاها السلطة التشريعية أصلاً. فلا يجوز تفويض السلطة القضائية فسي شيء من ذلك إخلالاً بتكامل السلطة التشريعية فيما يقع في نطاق اختصاصاتها الأصلية التي احتجزها الدستور لها<sup>(١)</sup>.

فقانون العقوبات في مصر يعاقب على جريمة الفعل الفاضح وعلى جريمة هتك العوض، دون أن يحدد لهاتين الجريمتين نموذجها القانوني، تاركاً للقضاء مهمة هذا التحديد، ومخالفاً بالتالي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، خاصة وأن التحديد القضائي لاية جريمة يقوم على معايير مختلفة قد يناقض بعضها البعض، وقد يؤول إلى اتساع دائرة التجريم في زمن معين وتقليصها في زمن آخر، بما يناقض ضوابط التجريم التي تفترض وحده المعايير التشريعية لكل جريمة.

٢٠- كذلك فإن تباين القضاء فيما بينهم، وتفاوتهم في قدر العقوبة التي يوقعونها في الجريمة الواحدة Excessive Disparity لا يخول السلطة التشريعية أن تشكل لجنة غير قضائية يستقل رئيس الجمهورية بتعيين وعزل أعضائها تتخيا معاونة القضاء في عملهم سواء من خلال معايير إرشادية تقدمها لهم بما يوحد كلمتهم أو يقربها في المسائل الجنائية التي يفصلون فيها، أو بإحاطتهم بالضوابط التي يزنون بها العقوبة التي يوقعونها على الجناة.

ذلك أن التحديد التشريعي لمقدار العقوبة مما تختص به السلطة التشريعية. كذلك يدخل تغريمها في اختصاص السلطة القضائية التي لها كذلك أن تفصل في دستورية مناسبة العقوبة للجريمة التي تتصل بها. وكل تفويض يصدر عن السلطة التشريعية على خلاف الضوابط المتقدم بيانها، هو انقلاب من السلطة التشريعية على نفسها، بما يثير شكوكا خطيرة حول توازن السلطة بين الأفرع التي تباشرها<sup>(٢)</sup>.

(١) Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe line Co., 458 U.S. 50 (1982).

(٢) عكس ذلك قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

٢١- للسلطة التنفيذية وحدها، بعد اعترافها بحكومة أجنبية، وتبادلها للعلاقات الدبلوماسية معها، أن ترتبط معها باتفاق ينظم تسوية بعض المسائل المتعلقة بينهما.

ولا يعتبر هذا الاتفاق معاهدة دولية قائمة بذاتها لا يجوز التصديق عليها قبل أن تقرها السلطة التشريعية. بل جزءا من علاقة دولية متكاملة، يتقدمها اعترافها بالحكومة الأجنبية؛ ويتوسطها تبادلها الروابط الدبلوماسية معها؛ وخاتمتها حل المسائل المتنازع عليها باتفاق يتضمن تسويتها.

واختصاص السلطة التنفيذية وحدها بما تقدم، مرده أنها وحدها هي التي يجب أن يكون صوتها منفرداً في الشؤون الخارجية، توجهها بالطريقة التي تراها بما يوثق روابطها، ويرعى مصلحتها مع الدول الأجنبية المعنية<sup>(١)</sup>.

٢٢- وقد تواجه الدولة غزوا أجنبيا أو تمردا داخليا أو حربا أهلية، بما يهدد تكامل إقليمها أو وحدة أبنائها أو ترابط مصالحها.

وقد تدهمها هذه المخاطر، فلا يكون بوسعها مقابلتها إلا بتدابير عاجلة يكون عنصر الزمن حاسما في فعاليتها.

وليس لازما لاتخاذ هذه التدابير، أن يترصص رئيس الجمهورية قرارا من السلطة التشريعية تعلن به حربا على القوة الغازية، أو الجماعة المتمردة، أو العصبة الانفصالية، ولو كان الدستور قد خولها وحدها الاختصاص بإصدار هذا القرار.

ولا كذلك استخدام رئيس الجمهورية للقوات المسلحة أو تكيفها أو نشرها، بقصد القيام بأعمال عدائية فيما وراء الحدود الإقليمية لبلده.

(١) United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937).

انظر كذلك قضية (1981) 453 U.S. 654 Dames and Moore v. Regan. وتتلخص وقائعها في أن الرئيس الأمريكي كارتر، عقد اتفاقا مع الحكومة الإيرانية حتى تفرج إيران عن الرهائن الأمريكيين المحتجزين لديها. وقد توخى الاتفاق إبطال كل الحجور على الأموال الإيرانية بالولايات المتحدة، ووقف كل الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الأمريكية ضد إيران مع تقديمها إلى محكمة حاصة للتحكيم تكون قراراتها ملزمة بشأنها. وقد أبدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية هذا الاتفاق تأسيما على أن التكونجرس إما أن يكون قد رخص صراحة به، أو وافق عليه بصورة ضمنية.

إذ تظل هذه الأعمال فى غيبة قرار بإعلان الحرب، مقيدة بالضرورة التى تقتضيها؛ ومشروطة بموافقة السلطة التشريعية- الصريحة أو الضمنية- وفى حدود الضوابط التى قررتها.

وللسلطة التشريعية دوماً أن تقيد من سلطة رئيس الجمهورية فى مجال استخدام القوة فيما وراء الحدود الإقليمية، وذلك من خلال حجبها التمويل اللازم لدعم الجهود الحربية.

٢٣- ويلاحظ أن نصوص الدستور الصريحة، لا تفسر وحدها اختصاص كل سلطة، وإنما يتحدد اختصاصها فى صورته الإجمالية- من خلال العمل، فلا يكون إلا متوجهاً على ضوء الحقائق العملية التى تفرض نفسها على صعيد الحياة السياسية.

وإذا كان النزاع قد ثار بين السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية فى مجال أيهما الأحق بتقرير الشئون السياسية، فإن نزاعاً من نوع آخر شجر بينهما فى مجال ذاتية كل من هذين الفرعين، ورفض كل منهما تدخل الآخر فيما يتعلق به من الشئون التى يقوم عليها، ولو لم تكن لسهها طبيعة سياسية.

وتبلور هذه الصورة من النزاع بين الفرعين، المسائل الدستورية التى ينفرد كل منهما باتخاذ قرار نهائى فيها، ونطاق تكامل سلطاتهما، وحدود التدخل فيها..

ويقع هذا النزاع على الأخص، إذا باشر رئيس الجمهورية سلوكاً أو أتى أعمالاً تخل بحقوق المواطنين أو حرياتهم، أو تعوق إدارة العدالة بصورة فعالة، أو تنقض حقوقاً مقررة لبعض أجهزة السلطة التنفيذية، وتحبط الأغراض المقصودة من تأسيسها.

٢٤- وقد لا يقبل رئيس الجمهورية طلباً قضائياً يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الشروط التى سجل عليها الأحاديث التى أجراها مع معاونيه، قولاً بأن أحاديثه هذه سرية فى طبيعتها، وأن عرضها أو الإطلاع عليها من قبل آخرين ينتهكها، وأن سريتها هذه من امتيازاته التى لا يجوز أن تنقضها السلطة القضائية؛ ولو كان اطلاعها على أجزاء من أحاديثه متصلاً باتهام جنائى، وواقعاً وراء جدران مغلقة لا تدخل بسرية أحاديثه فى مجموعها.

ولم تقبل السلطة القضائية الامتياز المطلق الذى يدعيه رئيس الجمهورية لأحاديثه هذه ونظوت إليه، باعتباره متضمناً إسباغ حصانة غير موصوفة أو مقيدة عليها، لتحول بذاتها دون مباشرة السلط القضائية لمهامها، رغم أنها لا تقل شأنًا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية Equal Branches -

وفضلاً عن أن مبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين، لا يتوخى ضمان استقلالها الكامل عن بعضها البعض، بل كفل المستور توازناً دقيقاً بينها تتمكن به كل سلطة من مباشرة وظائفها، وعلى الأقل لأن كل نزاع في شأن المصالح التي تدعيها أية سلطة لنفسها، ينبغي أن يحسم على ضوء مبدأ يكفل لكل منها وظائفها الحيوية<sup>(١)</sup>.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يقاوم طلباً قضائياً Supoena يدعو إلى أن يقدم إلى السلطة القضائية الأشرطة التي سجل عليها أحاديثه تلك. فإذا تذرع برئيتها ليمتنع عن تقديمها إلى القضاء؛ وكانت أحاديثه هذه لا صلة لها بأسرار دبلوماسية أو حربية لا يجوز للقضاء اقتحامها؛ وكان المستور وإن خلا من نص صريح يكفل لرئيس الجمهورية سرية اتصالاته مع معاونيه، إلا أن المصلحة في كتمانها تكون دستورية في أساسها إذا كان حجبه ضرورياً لتمكين رئيس الجمهورية من أداء وظيفته بصورة فعالة.

فإذا ناقض إخفاءه لأحاديثه مع معاونيه ما ينبغي أن يسود كل محاكمة جنائية منصفة من ضرورة تقديم الأدلة المتصلة بها، والجائز قبولها، إلى القضاء الذين بيدهم سلطة تقديرها ووزنها<sup>(٢)</sup>؛ وكان من شأن الطبيعة المطلقة لامتياز رئيس الجمهورية المدعى به، أن تتوافر مداخل ثرية لإرهاق الحقيقة أو إجهاضها، فلا يكون إزهاقها إلا نتيجة مترتبة على إطلاق هذا الامتياز؛ وعانقا دون مباشرة القضاء لوظائفهم في نطاقها المنطقي؛ وحائلا دون إعمال شرط الوسائل القانونية السليمة؛ ومرجحا عمومية المصلحة في كتمان رئيس الجمهورية لاتصالاته مع معاونيه، على ضرورة تخصيصها بالدعوى الجنائية التي لازال الاتهام فيها معلقاً لم يحسم، والفصل فيه مرتبطاً بأدلة تضمنتها أشرطة التسجيل التي احتفظ بها رئيس الجمهورية، فإن لم يقدمها صار فوق القانون<sup>(٣)</sup>.

(١) ويلاحظ أن أية لجنة تشكلها السلطة التشريعية لتقصي الحقائق، لا تستطيع الحصول جبراً من رئيس الجمهورية على معلومات يرى كتمانها.

Gerald Gunther, Constitutional law, eleventh edition, p. 365

(٢) تسم النظم الحثائية الإجرائية بخاصية الجبرية التي تحتم عرض جميع الأدلة على الجهة القضائية التي تفصل في الاتهام الجنائي، وتخلو الدفاع وسلطة الاتهام حق مناقشتها، وإلا انلق الطريق إلى الحقيقة أو صار بلوغها محفوفاً بالمخاطر. لا استثناء من هذه القاعدة إلا لمصلحة جوهرية كحق الشخص في ألا يقدم بنفسه دليل إدانته Self-incrimination

(٣) انظر في ذلك قصية الولايات المتحدة الأمريكية ضد الرئيس الأمريكي نيكسون، وكان قد صدر ضده أمر قضائي يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الحثائية بعض الشرائط المسجلة عليها أحاديثه مع معاونيه، وذلك للفصل في اتهام جنائي في شأن فضيحة ووترجيت The Watergate Tapes litigation التي تلخص فيها - ومن أجل دعم حملته الانتخابية - على الحرب الديموقراطية المماس. ولكن الرئيس نيكسون تذرع بأن من حقه كترئيس للجمهورية أن يكتم أحاديثه مع معاونيه، فلا يبررها أحد.

United States v. Nixon, 418 U.S. 683. (1974)

ولا يجوز بالتالى -وعلى ضوء مبدأ الخضوع للقانون- أن يعانى الأبرياء، ولا أن يفر الجناة بنزوبهم Guilt shall not escape, or innocence suffer.

٢٥- ولا يعنى ما تقدم، أن تفصل السلطة القضائية فى كل نزاع يقع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو بين إحدهما والسلطة القضائية، ذلك أن النزاع المطروح عليها قد يكون من طبيعة سياسية تخرجه عن ولايتها.

وهو ما يتحقق على الأخص، إما لأن الدستور عهد باتخاذ القرار النهائى فى مسائل يعينها إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية Constitutional Commitment؛ وإما لأن السلطة القضائية ذاتها لا تتوافر لديها الوسائل والموازن والحقائق المحايدة التى تفصل على ضوئها فيما يطرح عليها من المسائل الدستورية؛ Judicially Manageable Standards and Data؛ وإما لأن السلطة القضائية، فى تعاملها مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، ينبغى أن تكون أكثر حذراً من خلال تحوطها فى تقدير ما يدخل من أعمالها فى إطار رقابتها على الشرعية الدستورية Prudential Considerations، ضماناً لفصل ولايتها عن هاتين السلطتين، وتوقياً لصراع معهما، وتجنباً لأن يصدر فى الموضوع الواحد أكثر من قرار من أكثر من فرع من فروع السلطة. فلا يكون الموضوع الواحد منظماً بقاعدة قانونية واحدة، وإنما بأكثر من قاعدة يناقض بعضها البعض.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا من خلال تقريرها لأمرين

أولهما: أن الأعمال السياسية هى التى تكون كذلك بالنظر إلى طبيعتها؛ لتحدد خصائص هذه الأعمال، جوهرها. ولا يجوز للسلطة التشريعية بالتالى أن تضيف صفة الأعمال السياسية على أعمال تنافياها ولا تلتمس معها.

ثانيهما: أنه كلما كان خوض المحكمة فى دستورية المسائل المطروحة عليها، متوقفاً على موازين وضوابط ومعلومات لا تتوافر لديها؛ فإنها تخرج عن ولايتها؛ وأنه على ضوء ما تقدم، فإن كل معاهدة دولية -أوياً كان موضوعها- لا تستبر بصفة تلقائية -وبناء على مجرد تنظيمها لعلاقى دولية- من الأعمال السياسية<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٣١ من ٢٧٦ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٧)

حقيقة المسائل السياسية

٢٦- وينبغي أن يلاحظ في شأن ما يعتبر من المسائل الدستورية من طبيعة سياسية Political Issues ما يأتي:

أولاً: على جهة الرقابة على الشرعية للدستورية، أن تفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، ولو خالطتها ملامح سياسية، أو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المعروضة عليها يصادم توجهها للسلطة التشريعية أو التنفيذية، أو منطقياً على إخراج إحداها.

ويتعين دوماً أن يكون فصلهما في المسائل الدستورية المعروضة عليها دالاً على نحوها، وأنها لا تعتبر مجرد هيئة قضائية لتنفيذ حكم الدستور، بل توازنها سلطتان أخريان لكل منهما اختصاصاتها الثابتة التي لا يجوز إنكارها أو تهيمشها.

ثانياً: أن تعقد الفصل في بعض المسائل الدستورية لا يحيلها إلى مسائل سياسية لا يجوز إصدار حكم قضائي فيها. ذلك إن المسائل السياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- التفسير المنهجي للدستور باعتباره أداة تحديد الحقوق التي كفلها. ولا يتصور بالتالي أن يكون هذا التفسير متوخياً غير إنفاذ القيود التي فرضها الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ثالثاً: أن إبطال جهة الرقابة على الدستورية لنصوص قانونية مطعون عليها أمامها، لا يجتوز أن ينظر إليه بوصفه تعبيراً من جهتها عن احتقارها لسلطة أخرى توازيها وتساويها، إلا إذا كان هذا الحكم منطقياً على اغتصابها لسلطة لا تملكها في إطار وظيفتها القضائية.

رابعاً: لأن صرح القول بأن المسائل السياسية لا يحيطها معيار عام ينتظم كل تطبيقاتها، وأنها تخرج بطبيعتها عن الولاية القضائية؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية، ظل دائراً بين أكثر من تصور:

\* نظرة تقليدية CLASSICAL VIEW تخول جهة الرقابة القضائية حق الفصل في المسائل الدستورية جميعها عدا ما يدخل منها -وفقاً لتفسيرها هي للدستور- في إطار الاختصاص المنفرد للسلطة التشريعية أو التنفيذية.



\* ونظرة تحوطية PRUDENTIAL VIEW قولها أن تنظر جهة الرقابة القضائية إلى المسائل السياسية باعتبارها وسائل تجنبها الفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها، كلما كان خوضها في موضوعها، منتهيا إلى تقيؤ سلطتها، أو إلى وقوعها في صراع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا تؤمن عواقبه، أو حملها على اللجوء إلى حلول وسط تتناقض قواعد سابقة قررتها.

\* ونظرة وظيفية FUNCTIONAL APPROACH مناطها تقييم جهة الرقابة للعوائق التي تواجهها في مجال مباشرتها لوظيفتها القضائية، ويندرج تحتها:

أ- ألا تتوافر لديها موازين تقييم المسائل الدستورية المطروحة عليها، وضوابط الفصل فيها، وما يتصل بها من الحقائق المحايدة<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا -في مجال فصلها في دستورية قانون تضمن تكريما لبعض قادة حرب أكتوبر، من دون المدعى في الدعوى الدستورية- بأن تقييم أعمال هؤلاء القادة، وعلى ضوء قدر إسهامهم في الأعمال الحربية، وبلاتهم في تحقيق نتائجها، هي التي تحدد بصورة موضوعية، من يكون من بينهم أحق من غيره بالتقدير، أو مثملا مع غيره في مركزه القانوني.

ومن ثم يفترض هذا التقييم، أن يكون دلثرا -ابتداء وانتهاء- حول الأعمال الحربية، متضمنا تحليلا لها وتقديرا لعناصرها، مستغرقا كل تفصيلاتها، محيطا بها في دقائقها، مقابلا بين بعضها البعض، وازنا بالقياس أداء قادتها جميعهم، منتهيا إلى ترتيبهم فيما بينهم على ضوء معايير منطقية ترجح بعضهم على بعض؛ وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup>.

ب- أن يكون الدستور قد نظر إلى بعض المسائل باعتبار أن صوتا واحدا ينبغي أن يهيمن عليها، فلا تتفرق الآراء من حولها، كإدارة رئيس الجمهورية للشؤون الخارجية، وقراره بالتصديق على معاهدة دولية، أو إنهاء العمل بها بعد الدخول فيها.

<sup>(١)</sup> JEROME A.BARRON-C. THOMAS DIENES-Constitutional Law.1991. pp. 47-53.

<sup>(٢)</sup> دستورية عليا -القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣٩ ص:٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وهذه النظرة الوظيفية هي التي يجب الوقوف عندها. فلا ننظر إلى الصفة السياسية لبعض المسائل باعتبارها كامنة فيها لا تتفصل عنها. ذلك أن المسائل السياسية التي يخرج الفصل فيها من ولاية جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تحمل في أعطافها تكوينا ثابتا ونهائيا. ولكن مضمونها قابل للتغيير بناء على عوامل متعددة يندرج عنصر الزمن تحتها<sup>(١)</sup>.

وبنوعين بالتالي أن نتعامل معها جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية على ضوء نظرة ضيقة ومترتبة، لضمان أن يكون الخضوع للقانون قاعدة تحيط بأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية جميعها، عدا ما يكون منها مستعصيا بطبيعته على الرقابة القضائية، أو مجاوزاً حدود الوظيفة القضائية.

### (٨)

#### حقوق الفرد وحياته في مواجهة السلطة

٢٧- كان الأفراد عملا، وطوال فترة تطور الجماعة الدولية من ١٦٤٨ - ١٩١٨ خاضعين للسلطة النهائية للدولة. ولم يكن القانون الدولي يأخذ الأفراد في اعتباره إلا بوصفهم من رعايا الدولة التي تظلم بحمايتهم. فلا تحظى مصالحهم في الدول الأجنبية بحماية من دولهم، إلا من خلال الحماية الدبلوماسية التي توفرها لهم.

وإذا كان الأفراد خلال هذه المرحلة من تطور القانون الدولي، قد لعبوا دورا ما على صعيد العلاقات الدولية، فذلك لأنهم يقيمون من معاهدة دولية تتعلق بالتجارة، أو بالملاحة، أو بأوضاع معاملتهم في الدول الأجنبية، أو بوصفهم نقطة البداية التي تحيل دولهم إليها في مجال اقتضاها قانونا للحقوق التي يطلبونها، في مواجهة أضرار أصابتهم من الدول الأجنبية التي يقيمون أو يعملون فيها. ثم وقع بعد هذه الفترة، تطور محمود عن طريق تحويل كل منظمة نقابية حق الدفاع عن مصالح عمالها وأربابهم التي تحميها منظمة العمل الدولية.

(١) ودليل ذلك أن سلطة المشرع في تقسيم الدوائر الانتخابية، كانت تعتبر في الولايات المتحدة الأمريكية من المسائل السياسية. ثم عدلت المحكمة العليا عن ذلك في قضية Baker V. Carr.

أنظر في المسائل السياسية ص ٩٠ إلى ١٠٧ من الطبعة الثانية من مؤلف Laurence H. Tribe

وعنوانه:

كذلك كان لممثلي كل أقلية عرقية أو لغوية أو دينية حق الدفاع عن مصالحها قبل الدول التي نقضتها، إخلالاً منها بالتزاماتها الواردة في معاهدتها الدولية.

غير أن استعمال المنظمة الدولية أو الأقلية العرقية أو الدينية أو اللغوية للحقوق المخولة لها، كان منحصراً عملاً في حدود ضيقة.

ثم تصاعد الاهتمام بعد الحرب العالمية الثانية بالحماية الدولية لحقوق الأفراد بوصفهم كذلك. إذ لم تعد هذه الحماية مقررّة للفرد باعتباره عضواً في منظمة وطنية عمالية أو غيرها، وإنما باعتبارّه إنساناً وكائناً فرداً *En tant qu'être humain individuel*.

وحدث هذا التطور العام، إزاء إيمان الدول المنتصرة في هذه الحرب، بأن النازية والأوتقراطية قد انبثقتا عن فلسفة تكين باحتقار الإنسان، وتنتظر إليه بوصفه مجرداً من كل احترام، وأن كرامته غير شيء.

وكان على هذه الدول، أن تعمل على إجهاض كل احتمال لعودة هذه الشرور من جديد، وأن تكون وسيلتها إلى دفعها، هي إصدار إعلان يتضمن القواعد الأساسية التي تكفل لكل إنسان أدميته واحترامه.

وكانت الدول الغربية التي تنقسمها الولايات المتحدة الأمريكية، من أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه بالنظر إلى أن فلسفتها في مفهومها الشامل، وكذلك سماتها الوطنية، أساسها أن للإنسان حقوقاً ينبغي إعلانها في وثائق للحقوق تضمنها وتكرسها. *Declarations des droits* وكان منطقياً بالتالي أن تنقل الدفاع عن معتقداتها من النطاق الداخلي إلى القانون الدولي.

وسعى الاتحاد السوفيتي من جهته ليقاسم الدول الغربية اهتماماتها في مجال حقوق الإنسان، مما أسفر في النهاية عن ميثاق منظمة الأمم المتحدة مؤكداً ضرورة صون هذه الحقوق، وعلى أن تعمل الدول على ضمانها من خلال معاهدتها الدولية التي تيرمها بوجه خاص لتأمين كرامته.

٢٨- وفي إطار هذا التطور، بلغ الاهتمام بحقوق الإنسان حداً كبيراً تمثل في العديد من المبادئ التي تبنتها الدول فيما بينها، سواء على الصعيد الدولي أو على نطاق «المنظمات الإقليمية».

فعلى الصعيد الدولي، ووفقاً للمادة الأولى من البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية -والذي اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ١٢/١٢/١٩٦٦- صار لكل فرد مشمولاً بولاية إحدى الدول المعتبرة طرفاً في هذا العهد، وفي البروتوكول الاختياري الملحق به، أن يقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المشاير إليها في المادة ٢٨ من ذلك العهد، رسالة يدعى فيها إخلال هذه الدول بأحد الحقوق التي ضمنها العهد المذكور.

وعملًا بالمادة الثالثة من البروتوكول، على اللجنة أن تحيل إلى الدولة المعنية الرسالة المقدمة ضدها، كي تدلي بإيضاحاتها وبياناتها في شأنها، مع الإشارة إلى أية تدابير تكون قد اتخذتها في شأن الحق أو الحرية المدعى إخلالها بها.

وعلى ضوء المادتين ٥، ٦ من البروتوكول، تنتظر اللجنة في الرسائل المقدمة إليها وتقوم بدراستها، وتضمن ما تنتهي إليه في شأنها، تقريرها السنوي عن أعمالها الذي تقدمه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

ومثل هذا التنظيم نراه في المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق في ٢١/١٢/١٩٦٥.

كذلك تضمن القرار الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة في عامي ١٩٦٧ و ١٩٧٠<sup>(١)</sup> تنظيمًا إجرائيًا يتوخى فحص الرسائل التي يقدمها أفراد يدعون وقوعهم ضحايا لإخلال جسيم بحقوق الإنسان.

٢٩- وإذا كان ما تقدم يمثل بعض ملامح التطور على الصعيد الدولي لحقوق الفرد في مواجهة الدول التي تخط بحقوقه وحرياته؛ فإن تطوراً مماثلاً، وربما أبعد في مدها، تحقق كذلك على صعيد الدول الأوروبية في تجمعاتها التي تجاوز حدود أقاليمها Regionaux.

فالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [١٩٥٠] تقيم للفرد نظاماً معقداً ومتقدماً لصون حقوقه. ذلك أن المادة ٢٥ منها تخول اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، حق النظر في كل طلب يقدم إلى الأمير

(١) Resolution 1235 (XLII) 1967. Resolution 1503 (XLVIII) 1970

العام لمجلس أوروبا من قبل شخص طبيعي، أو منظمة غير حكومية، أو مجموع من الأشخاص يدعون أنهم ضحايا إخلال إحدى الدول المتعاقدة، بالحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية.

ولكل من قدم طلباً من هذا القبيل إلى هذه اللجنة، أن يتمثل في مختلف المراحل الإجرائية لنظره، وأن يظهر كذلك أمام المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان عند الفصل في الحقوق التي يدعيها

وهذه القاعدة ذاتها، هي التي نراها كذلك في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان [سان خوسيه في ١٩٦٩/١١/٢٢].

ذلك أن المادة ٤٤ منها، تخول كل شخص، وكذلك كل مجموع من الأشخاص، فضلاً عن كل منظمة غير حكومية يكون معترفاً بها قانوناً في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، أن يوجه إلى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان المشار إليها في المادة ٣٣، عريضة أو شكوى تفيد تضرره من كل خرق لهذه الاتفاقية يصدر عن إحدى الدول أطرافها.

٣٠- بيد أن التنظيم الدولي لحقوق الأفراد في مواجهة إخلال دولهم بها، رغم طبيعتها الإنسانية، يظل محدوداً في أهميته بالنظر إلى القواعد الضابطة لهذا التنظيم، وأهمها:

أولاً: أن الأفراد لا يستمدون حقهم في رد إخلال دولهم بالحقوق التي كفلتها المواثيق الدولية، إلا من خلال معاهدة دولية تكون هذه الدول أطرافاً فيها، وبمراعاة أحكامها التي يفيدون منها، وعن طريق طلب يقدمونه إلى الجهة التي عينتها المعاهدة.

وهم كذلك لا يملكون تنفيذ القرار الصادر من هذه الجهة في شأن طلباتهم، بل يعود تنفيذه إلى حسن نوايا دولهم وإرادتها. وليس يوسعهم متابعة إجراءاته قبل الفصل فيه. والاستثناء الواضح من الأحكام المتقدمة، تبلوره الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

ثانياً: أن التنظيم الإجرائي للفصل في طلباتهم، لا يتم إلا وفقاً لمعاهدة دولية، أو بناء على قرار صادر عن منظمة دولية، يتضمن بياناً واضحاً بالمسائل التي يجوز التنظلم منها. ولا تقبل الدول عادة -وفي الأعم من الأحوال- إثارة مسؤوليتها الدولية أو تحريكها من خلال تنظلم يقدمه الأفراد المضطرون من إخلالها بحقوق الإنسان التي كفلتها المواثيق الدولية.

ولمواجهة هذه الصعوبة، فإن المعاهدة الدولية تتضمن أحياناً شرط تخويل منظمة دولية، حق النظر فى إخلال الدول أطرافها بحقوق الأفراد الأساسية. ولا يعتبر هذا الشرط نافذاً فى مواجهة هذه الدول، إلا بموافقتها.

**ثالثاً:** أن التنظيم الإجرائى المقرر فى المعاهدة الدولية، يتمحض عن نوع من الرقابة على أعمال تآتيها شول أطرافها. ولا يعتبر فصلاً قضائياً فى خصومة يدعى فيها أحد الأفراد الإخلال بالحق أو الحرية التى يطلبها.

كذلك فإن القرار الصادر فى هذا التظلم، لا يعتبر قراراً قضائياً قابلاً للتنفيذ بالقوة الجبرية، بل توصية صادرة عن المنظمة الدولية المعهود إليها بفحص التظلم.

وهو ما يعنى أن الأفراد لا يحصلون على حقوقهم التى يدعون إخلال دولهم بها، إلا بموافقة دولهم هذه على الخضوع لتنظيم إجرائى دولى فى شأن انتهاكاتنا لحقوق الإنسان وهى بعد موافقة يجوز لها الرجوع فيها، بما ينهى دور المنظمة الدولية التى كان الاختصاص معهوداً إليها بالنظر فيها.

ولا يجوز على ضوء هذه المآخذ، أن نغالى فى دور الأفراد فى مجال الحصول على الترضية المندوبة لحقوقهم الأساسية التى وقع الإخلال بها من قبل دولهم.

إذ ليس سهلاً على الدول أن تتخلى عن بعض امتيازاتها السيادية، وعلى الأخص ما يتصل منها بالسلطة الكاملة التى تباشرها على الأفراد الخاضعين لولايتها، وإن جاز القول بأن قبولهم لتنظيم إجرائى دولى ينظر فى إخلالها بحقوق مواطنيها، يمثل خطوة هامة، وإن كانت محدودة. ذلك أن الأسرة الدولية فى تكوينها الراهن تعقد السلطة الفعلية بيد الدول وحدها. ولا تأذن الدول بمثل هذا التنظيم إلا بقدر تسامحها.

كذلك فإن الدول هى التى تنشئ المنظمة الدولية التى يقدم إليها الأفراد ملتمسهم، وهى التى تعتمد القواعد التى تحكم نشاطها، بما يجعل المنظمة الدولية واحدة من أدواتها التى تعينها على تحقيق مهام نيتيها.

وهو ما يعنى اشتقاق المنظمة الدولية، لاختصاصاتها من الدول التى أنشأتها، ومن المعاهدة الدولية التى تعتبر مصدراً لوجودها<sup>(١)</sup>.

٣١- على أن تنأى قيم الحرية والعدل فى مواجهة السيطرة والتسلط، كان لها دور كبير فى تحقيق مفاهيم أفضل لصون إنسانية الفرد، وتخليصه من استغلال السلطة الاستعمارية لمصادر الثروة فى بلده، وعصفها بحريته وكرامته، وغيرها من مظاهر أزميته.

ولقد كان التحرر من ربة هذه السلطة فى كثير من الدول النامية، المقدمة الطبيعية لمواجهة صور القهر على اختلافها، ولوجود كيان مستقل لشعوب تريد أن تحظى بشمار استقلالها، وبملائق دولة تتكافأ فيها مع غيرها؛ وبمراعاة أن كل جماعة لا تعتبر بالضرورة شعباً بملك حق تقرير مصيره<sup>(٢)</sup>.

Une Certain population ne constituait pas un peuple pouvant pretendre à disposer de lui-meme.

وكان مما عزز حقوق الإنسان وكفل دعائم أكبر لضماتها، اتصال الدول فيما بينها وعزمها على تبادل صور من التعايش تتوافق فيها مصالحها وشعوبها مع بعضها، وتتجانس توجهاتهم الإنسانية.

وفى إطار هذا الاتجاه -وقد بدأ ونشأ، ثم تصاعد فى درجته- أن صار للشعوب تلك الحقوق التى لا يجوز للنزول عنها ولا التفریط فيها، والتى تتكافأ فيما بينها فى مجال الانتفاع بها مع تقيد الدول جميعها باحترامها. ولا يجوز بالتالى التمييز بين شعوب قديمة، وشعوب جديدة؛ ولا بين شعوب تتكامل عناصر وجودها، وأخرى لا تزال فى دور التكوين؛ ولا بين حقوق كانت تحجبها عنها السلطة الاستعمارية، وبين حقوق يملئها التمييز عنصرياً بين أجناسها<sup>(٣)</sup>.

(١) Antonio Cassese "les Individus", Droit International [Bilan et Perspectives], Tome 1, 1991, pp. 119-127.

(٢) Cour International de Justice, Recueil. 1975., p. 33.

(٣) Raymond Vieva, les peuples et les mouvements de liberation nationale, Droit International [Bilan et perspectives] Tome 1, 1991, pp 108-118

٣٢- وإذا كان القانون الدولي قد ظل حتى الوقت الحاضر قانوناً منظماً للعلاقات بين الدول، مبيناً حدود اختصاصاتها؛ إلا أن هذا القانون صار يوجه عناية أكبر للأعمال التي تأتيناها الدول في مواجهة الأفراد المشمولين بولايتها، سواء تعلق الأمر بغير مواطنيها وضرورة تأمين أشخاصهم وصون أموالهم؛ أو بمواطنيها، أو بمجموع من الأشخاص كأقلية عرقية مثلاً؛ أو بالحقوق الفردية والجماعية لكل إنسان، وبوصفه كذلك.

وكانت نقطة البداية في هذا التطور الإيجابي هي الإيمان بحق تقرير المصير لكل الشعوب.

وهو مبدأ انبنى عليه أن الدول التي كان القانون الدولي ينظر إليها دائماً باعتبارها أشخاص هذا القانون، هي في حقيقتها مجموع من الناس غايتها خدمتهم، والعمل على ضمان سعادتهم، وأن الجماعة الدولية هو وعاء شعوب تجمعها الصفة الإنسانية، وعليها بالتالي أن توفر لها الأمن وسبل الحماية التي تكفل ضمان مصالحها الحيوية، وأن تعمل بكل وسائلها على إجهاد قاعدة السلطة المطلقة التي تقرضها الدول على رعاياها، وإبدالها بقاعدة التكافؤ في الأسلحة بين الفرد والجماعة التي يعتبر عضواً فيها.

## (٩)

### تدويل حقوق الإنسان

٣٣- بل إن حقوق الإنسان التي كان ينظر إليها باعتبارها من الشؤون الداخلية للدول، قادتها ثورة تتوخى تدويلها<sup>(١)</sup> Internationalisation du statut Juridique de l'être humain وهى ثورة كانت بدايتها فيما بين الحربين العالميتين، ثم صارت معلماً بارزاً فيما بعدهما بعد عدوان النازية والفاشية على الحقوق الأولية للإنسان.

إلا أن هذه الثورة لم تبلغ غايتها بالرغم من ليمانها بقيمة الفرد، وسعيها لضمان سعادته، ونظرها إلى إنسانيته باعتبارها معقد الأمر فيه. ذلك أن إنسانية الفرد لم تصل إلى حد تأكيد حقوق يخصص بها ويتلقاها مباشرة من قواعد القانون الدولي Destinataires directs des normes de droit International، وإن جاز القول بأن هذا القانون يتطور بصورة مطردة في اتجاه التحول إلى قانون عالمي للإنسان والشعوب، وهو ما تمثل بوجه خاص في الجيل الأول لحقوق الإنسان التي تضمنها

(١) في عام ١٩٩٢ أصدر معهد القانون الدولي إعلاناً في شأن الحقوق الدولية للإنسان، وبمقتضاه يعف الفرد جنساً إلى جنب مع الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي.



المعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تحرر بها الفرد من القيود غير المبررة على حريته الشخصية؛ وفي الجيل الثاني لهذه الحقوق التي نص عليها المعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنسب خصائصها بأنها من طبيعة جماعية باعتبارها مبلورة حقوق الأسرة البشرية على تباين مقاصد أعضائها وتوجهاتهم.

بل إن الجيل الثالث لحقوق الإنسان، التي يمثلها الحق في البيئة وفي إقرار السلم، وفي وجود نمة مالية مشتركة للإنسانية، زاد من ثراء قواعد القانون الدولي من خلال اتساع دائرة تطبيقها.

ويظل لهذه الحقوق جميعها -على تباينها- أغراضها النهائية التي تتحدد وفق مجموعة من القيم الإنسانية التي لا يجوز تجاهلها، والتي يندرج تحتها أن النزاع إذا كان مسلحاً -وسواء كان هذا النزاع داخلياً أو خارجياً- ينبغي أن يحاط بالقيم السائدة عند حدوثه، ولو كان بعضها أو جميعها يناقض فيما تبنتها عهود سابقة. ذلك أن ما كان متوافراً لكل فرد في مواجهة هذا النزاع من وسائل الحماية، قد يظهر قاصراً عن أن يوفر لهذه الحماية أسبابها أمام تقدم فنون القتال وتعدد أدواتها وتعاضل مخاطرها، فلا يكون الإصرار على الوسائل القديمة، إلا تجاهلاً لحقيقة التطور في محيطها.

كذلك فإن فوارق الثروة بين الدول الغنية والفقيرة، وما نشأ عنها من خلل في مجال تكافئها واقعياً في مظاهر السيادة التي تباشرها، دعا الدول الفقيرة إلى أن تؤكد سيطرتها على مصادر الثروة في أقاليمها، وأن تعمل على تطوير مظاهر الحياة من خلال طلبها استثمار طاقاتها بكل عناصرها، ومن بينها أن صون التوازن الأيكولوجي في بقاع الأرض جميعها، يعتبر شرطاً أولياً لضمان تقدمها؛ وأن نبذها لكل صور الصراع فيما بينها، يعزز قدراتها على التعايش في سلام، وبشكل إطار صحي لحركتها؛ وأن التنمية بكل روافدها، تعد طريقاً وحيداً لتسخير مواردها وفق أولوياتها، وفي إطار من نقل التكنولوجيا المتطورة وتعليمها.

(١٠)

### لش وثائق إعلان حقوق الإنسان على تطويرها

٣٤- تلك ملامح لبعض مظاهر التطور في الجماعة الدولية. بيد أن أوضحها وأعمقها أنشأ على الصعيد لداخلي، تمثل في وثائق إعلان الحقوق التي يتم هذا العصر بذويها بين أقسام يختلفون فيما بينهم ثقافة وديانة ولغة وتاريخاً، وإيمانهم بأن لهذه الوثائق حرمتها، وأنها بمضمونها قيد على الأفرع المختلفة التي تباشر السلطة بكل مظاهرها، فلا تكون حركتها إلا من أجل العمل على

تحقيقها، خاصة وأن إعلان هذه الوثائق، اقترن إما بإدراجها في الدستور، أو بتقريرها استقلالا عن نصوصه، مع تمتعها بقوة النصوص الدستورية ذاتها.

ولم تكن هذه الوثائق تمثل خطوة بطيئة أو مترددة في مجتمعاتها، بل انقلابا على أوضاع قائمة فيها، وتغييراً عميقاً في مكوناتها، بما يجعل ضماناتها بديلاً عن آراء وأفكار تطلق السلطة من عقاليها، وتحررها من كوابحها؛ واختياراً يناقض ديموقراطية الصفة؛ وديكتاتورية البروليتارياء؛ ويجهض سياسة الإملاء والاحتواء والإغواء، التي تفرضها السلطة بقوتها، وبالأموال التي تستعمل بسبها من يعارضونها؛ فلا ترجح المصالح الضيقة، أمالاً عريضة متدفقة، بما ينال من حكم القانون.

وقد دل اطراء العمل بوثائق الحقوق في إطار القيم التي تحتضنها، على معارضتها أفكاراً عتيقة بالية، كذلك التي تجعل البرلمان محورا للسلطة بكل أشكالها يمارسها دون قيد عليها.

كذلك كان من شأن هذه الوثائق إعلاء مفاهيم جديدة لا تنمو بها السلطة على مواطنيها، بل ترفع مصالحهم كضمان لمشروعية وجودها، مما هيأ لقاعدة الخضوع للقانون أسسها، وأكد ضرورتها.

بيد أن أكثر ما كان يروع المواطنين ويثير قلقهم، أن وثائق إعلان الحقوق لا تكفل بذاتها ضمان حقوق الفرد وحرياته؛ وأن انتراخهم حقوق السيادة بأيديهم، لا يكون إلا بكنلفة باهظة؛ وعبر مخاطر متنوعة؛ وأن حقائق التاريخ كثيرا ما تعيد نفسها، فلا تكون الحرية بأمن من عدوان السلطة عليها، خاصة وأن تقويم اعوجاجها وإن كان مطلوبا، إلا أن جهد السلطة القضائية في ذلك، كان أقل من أن يكون كافيا بالنظر إلى أن محاسبتها عن أخطائها، قلما تثار عملاً.

وشاع بالتالي تصور القانون باعتباره غريبا عن كثرة الناس وعامتهم، قريبا من خاصتهم وأصغياتهم الذين يطوعون القانون لإرادتهم، فلا يكون عصيا عليها، أو حائلا دون تحقيقها.

بل إن الناس في عمومهم قلما يفهمون القانون، وفرصتهم في الإسهام فسي الحياة السياسية تتضايل يوما بعد يوم، واختيارهم للحكومة التي تمثلهم اختيارا حراً، كثيرا ما يكون سرابا، ولم يعد أمامهم من ضمان لإرساء الديموقراطية وتعميقها، غير الإصرار عليها قبولاً بتبعاتها، حتى لا تتقوض سلطة أيأ كان وزنها أو توجهاتها.

٣٥- كذلك كان لبعض الفقهاء دور كبير في مجال تقليص الاهتمام بوثائق إعلان الحقوق التي نظروا إليها باعتبارها مجردة من كل قيمة قانونية<sup>(١)</sup> وأنها في حقيقتها لا تزيد عن مجرد إعلان للنوايا Declarations D'intentions أو محض أفكار فلسفية أو خلقية تتسم بالتعميم، وبعباراتها الجوفاء، بما يجعلها قريبة من النصوص الأدبية، وبعيدة عن القواعد القانونية.

وهم يقولون كذلك بأنه حتى بافترض استقلال وثائق إعلان الحقوق عن الدساتير ذاتها بما يقيم لها وجودا منفصلا عنها، إلا أن هذه الوثائق جميعها تحيل إلى القانون لتطبيق أحكامها، فلا يكون لهذه الحقوق من نفاذ بغير قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

وفيما وراء هذا القانون، فإن وثائق إعلان الحقوق تتسم بطبيعتها الفلسفية المجردة من القيمة القانونية<sup>(٢)</sup>.

٣٦- على أن الإيمان بوثائق إعلان الحقوق، ويدورها في بناء مجتمعاتها، ظل عميقا عند المدافعين عنها<sup>(٣)</sup>، خاصة وأن هذه الوثائق تصدر في الأعم عن السلطة ذاتها التي تؤسس الدستور، فتكون لها قيمة نصوصه، وذلك سواء نظرنا إلى هذه الوثائق بوصفها تعبيراً عن علاقة بين الفرد والجماعة بما ينفي طبيعتها الفردية، أم كان تقييمنا لها من منظور أغراضها التي تؤكد بصورة جازمة أن للبشر حقوقاً طبيعية يقسونها ولا يقبلون النزول عنها، وأنهم يتلقونها -لا من الجماعة التي يعيشونها- بل من الطبيعة ذاتها، وأن دائرة تطبيقها لا تنحصر في الجهة التي يوجد الفرد في نطاقها، ولكنها تمتد إلى الأفراد جميعهم، وعلى امتداد مواقع بلدانهم، وفي الأزمان جميعها، بما يبلور عالميتها Universalité خاصة وأن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، لا يؤمنون بها غير حقوق قائمة من قبل، استقلاً عن إرادتهم.

ولم يكن دورهم بشأنها خلقاً لها، بل مقصوراً على مجرد تكوينها، لتفرض نفسها على السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من القوانين.

(١) R.Carré De Malberg, Contribution à la theorie generale de L'Etat, Sirey, II, p. 580; A Eismein, Elements de droit Constitutionnel, Sirey, I, p.601.

(٢) Domonique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, 4 Edition, p.92

(٣) M. Hauriou, Precis de droit Constitutionnel, Sirey, p. 618.; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris, II, p.184.

وظل أمر القيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق مختلفا عليه، حتى بين القضاة أنفسهم فيما يعرض عليهم من القضايا.

وكان خلافهم في شأن هذه الوثائق، لا يتعلق بمبادئها الغامضة صياغتها، العvisة معانيها على التحديد، والمتنافرة في خصائصها مع القواعد القانونية التي لا يستقيم تطبيقها إلا بشرط وضوحها وضبط ألفاظها؛ وإنما دار خلافهم حول ما إذا كان لبرائتها الجلية معانيها، المحددة ملامحها، قيمة دستورية<sup>(١)</sup>.

ذلك أنه حتى بعد تسليم المحاكم القضائية بالقيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ظل مترددا في إسباغ هذه القيمة عليها حتى نهاية ١٩٥٠ حين أقر بوضوح بأن لديباجة دستور ١٩٦٤، ولإعلان الحقوق الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٢<sup>(٢)</sup> قيمة قانونية لا يجوز أن ينقضها عمل قانوني، إلا إذا كان صادرا عن السلطة التشريعية، أو عن السلطة التنفيذية في حدود القانون<sup>(٣)</sup>. وهو ما دل على أن وثائق إعلان الحقوق لم تكن لها حتى بعد التسليم بأهميتها، لا قيمة دستورية، ولا قيمة فلسفية، بل محض قيمة قانونية غير محددة طبيعتها. ولم يكن ذلك تقصيرا من القضاة، ولا تنصلا منهم من واجباتهم، وإنما لأن المحيط السياسي من حولهم، أعجزهم عن إسباغ قيمة دستورية عليها.

(١) ومعنى ذلك أن الحقوق الواردة في الإعلان، والتي تتسم عباراتها بموصفا، لا تكون لها أية قيمة قانونية، ولا يجوز معاملتها كالقواعد القانونية.

(٢) ألحق هذا الإعلان بدستور (١٧٩١/٩/٣).

(٣) C.E.11 Juil. 1956. Amicables des Annamités de Paris R.p317.

#### انظر كذلك:

Maxime Letourneur "L'etendu du Cõntrole de Juge de l'exces de pouvoir"

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، ولفترة طويلة، اعتبار القواعد الواصفة في إعلان الحقوق، من قبيل القواعد القانونية التي يجوز تطبيقها وتقرير جراء على مخالفتها، مفضلا حمل قضائه في مجال الرقابة التي يباشرها على أعمال الإدارة، على المبادئ العامة للقانون Les Principes Generaux du Droit.

## (١١)

تعميق وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣٧- ومع تغيير الأوضاع السياسية التي كان للقضاء يعايشونها، من خلال تعميق الدعوة إلى تقرير وسائل للرقابة القضائية على دستورية القوانين، كانت ثمرتها الختامية إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي، استطاع هذا المجلس أن يقدم موازين جديدة لهذه الرقابة عن طريق تنوع أدواتها.

ومن ثم قرر في ١٦/٧/١٩٧١ معاملة ديباجة دستور ١٩٤٦ باعتبار أن لها قيمة دستورية<sup>(١)</sup>، وأن يضمن بقراره في ٢٧/١٢/١٩٧٣ هذه القيمة ذاتها على إعلان ١٧٨٩<sup>(٢)</sup>. وأن يعامل كذلك -وبقراره الصادر في ١٥/١/١٩٧٥- كل النصوص التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨ باعتبار أن لها قيمة دستورية<sup>(٣)</sup>.

ولم تعد النصوص التي يحتكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في دستورية القوانين Textes de Reference، مقصورة بالتالي على نصوص دستور ١٩٥٨؛ وإنما جاوزتها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩؛ وإلى المبادئ الجوهرية التي تضمنتها القوانين المعمول بها في الجمهورية Les Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la Republic؛ وكذلك إلى ما ورد بديباجة دستور ١٩٤٦ من مبادئ أساسية سياسية واجتماعية واقتصادية تتوافق مضامينها مع حقوق العصر.

ومن مجموع هذه النصوص والمبادئ التي يسميها الفقهاء برزمة أو بكتلة الدستورية Bloc de Constitutionnalité، تتحدد للرقابة على الدستورية، مرجعيتها. وبها تنقيد السلطة التشريعية فيما تقره من القوانين لتتنوع بذلك مصادر الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، بما يتيح لها -في إطار هذا التنوع- مواجهة إشكالات مختلفة من صور العوار التي قد تشوب النصوص القانونية.

فلا يكون تعدد مصادر هذه الرقابة، إلا كافلا تدفق عطائها، واتساع فرص تقويم النصوص القانونية المخالفة للشرعية الدستورية، بما يرد السلطة التشريعية عن انحرافها المحتمل، ويحميها عن

(١) C.C. 71 - 44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p.29.

(٢) C.C. 73 - 51 D.C., 27 dec. 1973, R.p.25.

(٣) C.C. 74-54 D.C., 15 Janv. 1975, R.p.19.

أن تعمل وفق مداخل توافق بين تشريعاتها ومجموع العناصر التي تشكل رزمة الدستورية. وصار منطقياً بالتالي أن تنقرر القيمة الدستورية لديباجة دستور ١٩٥٨، ولكل النصوص التي تحيل إليها<sup>(١)</sup>.

٣٨- على أن كثيراً من الدساتير اليوم، تحرص على أن تكون حقوق الفرد وحرياته محددة تفصيلاً في متونها. ومنها ما يحصر حقوق الأفراد وحرياتهم ويحصيها في الدستور، ثم يفتح الطريق لتقرير حقوق أخرى غير التي نص عليها، وذلك من خلال نص عام يعتبر مدخلاً لهذه الحقوق. ومن ذلك ما قضى به التعديل التاسع للدستور الأمريكي من أن النص في هذا الدستور على حقوق بنواتها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار الحقوق الأخرى التي احتجزها المواطنون لأنفسهم، أو التقليل من قدرها.

The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

وفي مصر تفسر المحكمة الدستورية العليا حقوق المواطن وحرياته المنصوص عليها في الدستور الدائم، على ضوء ما يقابلها في المواثيق الدولية، والتي يندرج تحتها بوجه خاص، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨، ووقعته مصر.

ذلك إن المحكمة العليا<sup>(٢)</sup> وإن اعتبرته مجرد توصية غير ملزمة ليس لها خصائص المعاهدة الدولية المصادق عليها أو معوماتها، وأنه حتى لو اتخذ هذا الإعلان شكل معاهدة دولية، فإن تعديل مواده بقانون داخلي يكون جائزاً من الناحية الدستورية<sup>(٣)</sup>؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا التي خلفتها، تنظر إلى المواثيق الدولية -لا باعتبارها جزءاً من الدستور- بل لأن تطبيقها في مجال حقوق الفرد وحرياته الأساسية، يوفر للدولة القانونية خصائصها التي لا يجوز معها أن تنزل في مجال الحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها في الدول الديمقراطية.

(١) لا تدخل نصوص المعاهدات الدولية، في رزمة الدستورية.

(٢) هي الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا، وقد أفردا المشرع بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، مما أثار شكوكاً خطيرة حول دستورية هذه الرقابة التي كلفها المشرع لا الدستور. وطال أمر هذه الشكوك محيطاً بها، إلى أن صدر الدستور الدائم وقضى في المادة ١٩٢ منه بأن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بشأنها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(٣) محكمه عليا -الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ قضائية عليا- دستورية جلسة أول مارس ١٩٧٥ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٢٢٨ من القسم الأول من مجموعة أحكامها وقراراتها.

فلا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في هذه الدول ضماناً أساسية لصون حقوق الفرد وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعد -بالنظر إلى مكوناتها- وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة ٤١، ومنحها الرعاية الأولى والأشمل تأكيداً لقيمتها، من بينها أن لكل جريمة عقوبتها، فلا يتحملها إلا من أدین عن الجريمة بوصفه مسؤولاً عنها؛ وأن قدر العقوبة أو مبلغها، ينبغي أن يكون مناسباً لخصائص الجريمة ودرجة خطورتها؛ وأن دستورية التجريم ترتبط بضرورته الاجتماعية؛ وأن العقوبة لا يجوز أن تكون مهينة في ذاتها، ولا مناقية بقسوتها الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاز الوسائل القانونية السليمة Due process of law؛ ولا متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد<sup>(١)</sup>.

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى الحقوق الأساسية للإنسان -لا على أساس ارتباطها بصفة الشخص كمواطن في بلد ما- بل لأن هذه الحقوق مردها إلى الخصائص الجوهرية التي تميز النفس البشرية وتمنحها سماتها<sup>(٢)</sup>، بما يؤكد الطبيعة الشاملة لهذه الحقوق، واتساع نطاق تطبيقها، وتحور اهتمام الجماعة الدولية حولها، واستعصاء تنظيمها وفق معايير وطنية لا تأخذ في اعتبارها ما طرأ على هذه الحقوق من تطور؛ بما يجعل حمايتها داخلها ودولياً ضرورة يقتضيها ضمانها حتى يكون وجودها حقيقياً، فلا تمارسها سلطة في حدود غير منطقية؛ ولا تنظمها بما يخل بنوابتها وصحيح محتواها.

٣٩- وعلى ضوء هذه النظرة الشاملة التي تبنتها المحكمة الدستورية العليا في مصر لحقوق الفرد وحيرواته، كان موقفها من الموائيق الدولية التي تنظمها. لتقيم منها -ومن خلال إحالتها إليها- دعائم لقضائها. فلا تبدو حقوق الفرد وحيرواته -وطنياً كان أم أجنبياً- بمعزل عن أنساق أعرض تسعها، وتمهد لنمائها -في مضامينها وغاياتها- مع تلك التي أقرتها الأمم المتحدة في مجتمعاتها،

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ -قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٣ ومما بدأ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن الحقوق التي استخلصتها المحكمة من حماية الدستور للحرية الشخصية، غير منصوص عليها في الدستور، ذلك أن مبدأ شخصية المسؤولية؛ ومناسبة العقوبة للجريمة موضوعها وشخص مرتكبها؛ وحظر إيقاع عقوبة قلبية أو شاذة أو مهينة؛ وعدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الفعل الواحد؛ وحظر تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة، جميعها مبادئ غير منصوص عليها في الدستور.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

حتى تظل القيود عليها، بقدر ضرورتها، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية، فلا يكون تنظيمها أدخل إلى مصادرتها، أو منتهيا إلى الحد منها.

ذلك أن لكل حق أو حرية، دائرة بذاتها هي للنواة التي يدور حولها، والتي تتوافق الدول بوجه عام على ترسيم حدودها، فلا يجوز تنظيم الحق أو الحرية إلا فيما وراء حدودها الخارجية؛ وهي بعد دائرة لا يجوز اقتحامها. فإذا انقضض المشرع عليها أو قوض بنيانها، أحالها ركاباً<sup>(١)</sup>.

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى ديباجة الدستور القائم -التي تسميها بعض الدساتير العربية <جالتوطئه>- باعتبارها جزءاً من الدستور يشكل مع نصوصه كلا غير منقسم، لأنها مدخل إلى محتواه، وتعين على فهم بعض جوانبه، وعلى الأقل فيما ورد بالديباجة من معان واضحة تكون بذاتها كاشفة عن القاعدة القانونية الكامنة وراءها<sup>(٢)</sup>.

## (١٢)

### تعدد مداخل حماية حقوق الإنسان

٤٠- واليوم فإن الحماية الواجبة لحقوق الفرد وحياته لها مداخل متعددة في النطاق الداخلي: أقربها، النموذج الأمريكي. ويتحصل في النص على حقوق الأفراد وحياتهم في الدستور ذاته، مع تخويل محكمة عليا المرونة اللازمة والسلطة الكافية التي تحدد بها نطاقها، والأغراض التي توخاها، القيم التي تحتضنها، فلا تكون سلطة التفسير النهائي لنصوص الدستور لجهة غيرها<sup>(٣)</sup>.

The ultimate interpreter of the Constitution

(١) دستورية عليا القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٤٥- ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٧- ص ٣٢٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) Powel V. McCormack, 395 U.S. 486, (1969).

ففي هذه القضية تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن مسؤوليتها هي أن تعمل باعتبارها جهة التفسير النهائي لأحكام الدستور

It is the responsibility of this court to act as the ultimate interpreter of the constitution



وأضعفها، أن تكون الكلمة النهائية أو الرئيسية للبرلمان من خلال السلطة التقديرية المطلقة التي يملكها في مجال تنظيم حقوق الأفراد وحررياتهم<sup>(١)</sup>.

مثلاً هو الحال في المملكة المتحدة، وإن كان دخولها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، قد جعلها ميثاقاً يعلو السلطة التشريعية ويقدمها Une charte supranationale ويلزمها بتنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تطبيقاً لهذه الاتفاقية.

وأوسطها، تلك النظم التي تزوج في مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بين السيادة البرلمانية والسيادة القضائية. وهو ما عليه الحال في كندا منذ نفاذ ميثاقها في شأن حقوق الأفراد وحررياتهم في ١٧ من أبريل ١٩٨٢. ذلك إن هذا الميثاق يمثل خطوة رئيسية بالغة الأهمية في الحيلة الدستورية في هذا البلد منذ إقرار نظامها الفيدرالي في ١٨٦١.

فمن جهة، يقرر هذا الميثاق، أن الحقوق المنصوص عليها فيه، لا يجوز تقييدها بغير قاعدة قانونية، وفي حدود منطقية، ووفق الضوابط التي احتكتها الدول الديمقراطية الحرة.

ومن جهة ثانية، تخول المادة ٣٣ من هذا الميثاق، كلا من البرلمان ومشروع المقاطعة، الحق في أن يصرح في قانون يصدره، بمریان أحكام هذا القانون، أو بعضها، دون ما اعتداد بحكم المادة الثانية من الميثاق، أو بالمواد من ٧ إلى ١٥ منه. وهو ما يعني وقفها خلال المدة التي نص عليها القانون، والتي لا يجوز في أية حال، أن تزيد على خمس سنين اعتباراً من وقت نفاذه.

فإذا لم يكن ثمة تصريح على النحو المتقدم [Clause Nonobstant] La clause Dérégatoire، فإن السلطة القضائية تستعيد ولايتها كاملة في مجال التفسير النهائي للدستور والميثاق<sup>(٢)</sup>.

(١) لبعض الوثائق أهمية كبرى في المملكة المتحدة، فلا يجوز الخروج عليها ومن بينها ملتمس الحقوق Petition of Rights وكذلك وثيقة الماجنا كارتا.

(٢) Gerald. A. Beaudon, La Constitution du Canada, 2e Tirage, révisé, 1991, pp. 631, 788-790.

وبلاحظ أن المادة الثانية من الميثاق التي يجوز وقف العمل بها، تتكلم عن حرية العقيدة وحرية الفكر والاعتقاد وحرية التعبير وحرية الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال، وكذلك الحق في المجتمع وحرية الاجتماع. أما المواد من ٧ إلى ١٥، فتخصص مجموعة من الحقوق، من بينها حق الإنسان في الحياة وفي الحرية، وفي السلامة الشخصية، وفي ألا يحتجز أو يمسح بصورة تعسفية أو تحكيمية، وكذلك في تمتعه بالصداقات المنصوص عليها في المادة العاشرة من الميثاق في مواجهة القبض أو الاعتقال.

٤١- ولا يتنص بعض الدول، في مجال ضماناتها لحقوق الفرد وحرياته، بالنص عليها في الدستور. ولكنها تحول دون تعديل نصوص الدستور التي تكفلها أو تنظمها، لتظل حقوق الفرد وحرياته عصية على كل محاولة لتغيير مضمونها أو إيداعها بغيرها.

ومن هذه الدول جمهورية ألمانيا الاتحادية، التي كفل قانونها الأساسي -هو الدستور المعمول به فيها- السيادة لأحكامه؛ ونص على ضمان الحقوق للفردية استقلالاً عن الدولة؛ وإنشأ نظاماً يقوم على تقسيم السلطة وتوزيعها؛ وأقام سلطة قضائية لها استقلالها، على رأسها المحكمة الدستورية.

ثم قرن القانون الأساسي<sup>(١)</sup> هذا التنظيم بشرط الدائمة Eternity clause المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ من هذا القانون، التي تحظر كل تعديل يتناول المبادئ المنصوص عليها في مادتيه الأولى والعشرين، التي تقر أولاً أن كرامة الفرد لا يجوز انتهاكها؛ وأن على الدولة أن تعمل على احترامها وضمان حمايتها؛ وأن حقوق الإنسان لا يجوز التزول عنها أو الإخلال بها؛ وأن شعبها يقر بضرورتها لكل جماعة، ولإرساء السلم والعدل؛ وأن الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المواد التالية، تقيد كل سلطة بوصفها قانوناً نافذاً بصورة مباشرة As directly enforceable law.

(١) عمل بالقانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية اعتباراً من ٢٣ مايو ١٩٤٩. وقد سمي كذلك لأن الذين وضعوا هذا القانون، كانوا غير راضين في أن يخلعوا وصف الدستور على وثيقة صاغوها لحكم جرماً من ألمانيا، ولفترة محدودة تنتهي بالضرورة بتوحيد ألمانيا. وكانت وجهة نظرهم أن القانون الأساسي المذكور ينفذ سريانه اعتباراً من صدور دستور يحكم ألمانيا في جميع أجزائها بعد دمجها ببعض. ولأن هذا الدستور لن يتبدل بمجلس برلماني Parliamentary Council متلماً هو الأمر في القانون الأساسي، وإنما توقفت الإرادة الحرة للشعب الألماني في مجموعته. ولكن الذي حدث كان غير ما توقعوه، فقد قبلت ألمانيا الشرقية الاندماج في ألمانيا الاتحادية (الجزء الغربي من ألمانيا) تحت القانون الأساسي، وهو ما دل على قبول المواطنين في مجموعهم لهذا القانون، حتى بعد توحيد ألمانيا بشروطها.

ويلاحظ أن القانون الأساسي تضمن تصالحاً بين نزعة تقليدية تحريرية من جهة، كان لها أثرها في صون هذا الدستور للحق في الحياة وتكامل الإنسان بنسبة المادة ٢، وكذلك الحق في التكافل في المعاملة القانونية المادة ٣ وفي مباشرة العقيدة المادة ٤ وفي حرية التعبير المادة ٥ وفي ضمان الحق في التجمع وحرية الاجتماع المادة ٩، وفي حرمة الحياة الخاصة المادة ١٠ وحرية الانتقال المادة ١١ والحق في الملكية المادة ١٤، وبين نزعة اشتراكية من جهة ثانية تلورها وطبيعة الملكية والسيطرة الشعبية على الموارد الاقتصادية؛ ونزعة دينية من جهة ثالثة تعكسها الحماية التي يكفلها الدستور للزواج والأسرة، وحق الآباء في تعليم أبنائهم. وكان من شأن هذا التصالح أن امن المواطنون بوجه عام، بأن قانونهم الأساسي حماهم قيم يرضونها، ووعاء لحقوقهم واجباتهم التي ناضلوا من أجلها.

وتنص ثانيتهما على أن جمهورية ألمانيا الاتحادية دولة ديمقراطية، واشتراكية فيدرالية؛ وأن سلطة الدولة -في كل صورها- نابعة من شعبها؛ وأنه يمارسها من خلال حق الاقتراع وحق اختيار ممثليه، وعن طريق سلطة تشريعية تصدر قوانينها بما لا يناقض النظام الدستوري، وسلطتين تنفيذية وقضائية، تنفيضان بالقانون وبالعدالة؛ وأن لكل المواطنين الحق في مقاومة هؤلاء الذين يعمدون إلى إلغاء النظام الدستوري لهذه الجمهورية، إذا تعذر حملهم على العدول عن موقفهم بطريقة أخرى.

تلك هي الأحكام التي حظر القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية تعديلها، وهي تدل على أن كرامة الإنسان هي القيمة الأعلى التي لا يجوز التفریط فيها؛ وأنها الدعامات التي ترتكز عليها كل الحقوق الإنسانية التي يصونها الدستور؛ بل هي نقطة البداية في كل نظام يراعاه.

ومن ثم كان منطقياً أن يكون ضمان حقوق الفرد المترتبة على صون كرامته، كافلاً أولويتها على ما عداها، ومؤكداً أبديتها من خلال حظر تعديلها، وجاعلاً لكل فرد وقع عدوان من السلطة على حقوقه، حق النفاذ إلى جهة القضاء العادي للحصول منها على الترضية القضائية للملائمة، ما لم يكن المشرع قد عهد بالفصل فيما قد يثور من نزاع بشأنها لجهة غيرها<sup>(١)</sup>.

وهو ما يعنى أن حقوق الفرد وحرياته، لا تعتبر غاية في ذاتها مجردة من الضمانة القضائية التي تحميها، بل تكون هذه الضمانة جزءاً منها.

وما الدولة بكل هيكلها إلا أداة دمج الأفراد في مجتمعها لربطهم بقيم أعلى يكون فيها الفرد حراً بشرط إيمانه بأن الحقوق التي ينبغى أن يحوزها ليستمتع بها، هي تلك التي تتوافق الجماعة عليها، ويكون اعترافها بها كافلاً للخير العام، وهو ما تضمنه الديمقراطية التمثيلية في إطار من تصميم السلطة والفصل بين أفرعها<sup>(٢)</sup>.

(١) الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية.

(٢) Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Duke University Press, pp.30-33.

(١٣)

خضوع السلطة للقانونأولاً. مبدأ الخضوع للقانون جوهر على الشرعية الدستورية

٤٢- يبلور مبدأ الخضوع للقانون، جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها. وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أياً كان موقعها، على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها ليمتنعها من تعميق امتيازاتها، أو إساءة استخدامها، أو فرضها لقيم ترعى بها مصالح محدودة أهميتها، أو إهمالها إرادة مواطنيها أو امتنانها، أو تنظيمها لشئونهم بما يروّعهم، أو تدخلها في مظاهر حياتهم الخاصة، أو انقلابها على حقوقهم وحررياتهم لطمسها، أو قمعها لخصومها لضمان طاعتهم لها.

ولقد كان الصراع من أحل إرساء قاعدة تقيد السلطة، ممثداً حقبا عريضة في أغوار الزمن. وتوحي دوماً أن تكون السلطة أفضل في عطائها ومصادقيتها وحيدتها وجاذبيتها، وأن يحكمها القانون وحده بالنصوص التي يتضمنها، والتي لا يجوز التحايل عليها سواء لوقفها أو لتجاهلها.

واقترن تقيد السلطة في الدول الديمقراطية، بضرورة موازنتها بسلطة تقابلها وتعاادلها، وكان التحوط دائماً من السلطة التنفيذية باعتبارها بؤرة القوة، ولأنها تميل عادة من خلال اتساع سلطانها، إلى قهر الآخرين وإنكار حرياتهم.

وصار الخضوع للقانون إطاراً ضد صور القهر على اختلافها، وضماناً لتنظيم الحرية بما لا يخل بمضمونها.

بل إن القانون كان يعد باطلاً إذا نقض قيماً للعدل نلوه، أو كان مجافياً للمنطق، أو كان تنفيذه مستحيلاً.

وظهر الدستور بالتالي باعتباره قانوناً أساسياً مستندا في إعلاء نصوصه على إرادة الجماهير العريضة التي صاغتها، فلا تكون السيادة لأية سلطة، بل لهذه الإرادة وحدها، وعنها تستمد السلطة مشروعيتها، وعلى ضوئها تعمل السلطة من أجل ضمان مصالح الجماهير التي فوضتها في تنظيمها.

وإذا كان لقوة السلطة توحشها كحيوان ضار، فإن إفراغ السلطة من عناصرها بأسها يفقدها فعاليتها.

وصار ضروريا بالتالى ألا تتمحض السلطة عن امتياز للأشخاص الذين يباشرونها، وأن يقرن إيداع السلطة فى أيديهم بتوزيعها، وبمراقبتها فى إطار القيود التى تحدد حركتها.

وهى قيود يقتضيها الدستور، وتقرضها جهة الرقابة على الدستورية حتى يكون تقاسم السلطة فعليا، وليس شكلا ظاهريا يدمج أفرعها فى بعضها LA CONFUSION DES POUVOIRS.

ويزيد من خطورة الأمر أن السلطة التشريعية فى كثير من الدول -النامية بوجه خاص- لا تباشر رقابتها الفعلية على السلطة التنفيذية، ولا توازيها فى سطوتها. وصار الأصل هو خضوعها لها بطرائق مختلفة، وإن قارنها حرص السلطة التنفيذية على أن يكون للسلطة التشريعية وجوداً قانونياً، إبقاء على الواجهة الديمقراطية فى ظاهر ثوبها.

#### ثانياً: المفاهيم التى يقوم عليها مبدأ الخضوع للقانون

٤٣- وقد تطور مبدأ الخضوع للقانون إلى أن صار مثلاً أعلى فى إطار نظم ديمقراطية تبلور إرادة مواطنيها من خلال حق الاقتراع، وتعالى أغليتهم حق تشكيل هذه النظم، وتكفل لجميعهم تساويهم فى مجال إشرافهم عليها، ومحاسبتهم المسؤولين عن إدارتها، وتمثيلهم فيها تمثيلاً منصفاً، مع تنوع مراكز اتخاذ القرار. وكفل الخضوع للقانون بالتالى، تعدد الآراء لا توحيدها، وربط مشروعية السلطة، بتساميها عن أهوائها، وبتسامحها مع خصومها، وبتبنيها لقيم ديمقراطية يتصدرها أن يكون إسناد السلطة وتوليها وتداولها عملاً تنافسياً حراً وعريضاً، وأن يتراحم عليها بالتالى من يريدون الظفر بها، فلا يكون انتقائهم عملية تحكمية، بل تفضيلاً واعياً بصيراً.

#### ثالثاً: علو القانون على السلطة بكل تنظيماتها

٤٤- وفى إطار هذه المفاهيم، صار لازماً أن يعلو القانون على السلطة بكل تنظيماتها، فلا يكون عدوانها على حقوق مواطنيها بخير جزاء، ولا مقاومة انحرافها تمرداً غير مقبول، ولا تنظيماً لشئونهم عملاً قسرياً يحملون عليه حملاً.

وإنما نرعى السلطة حدودها لضمان مشروعيّتها، فلا تكون حركتها بعيداً عن النظم القانونية التى توجهها. بل تعمل فى إطارها وفق قيم الجماعة، وبما يصون مبادئها، وينتج تحتها ضرورة أن تتوافق هذه النظم مع الدستور باعتباره وثيقة تقدمية، يرتبط إنفاذها بصرامة تطبيقها على ضوء أوضاع متغيرة بطبيعتها.

وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا في مصر التي لا يجوز أن يكون موقفها من حماية نصوص الدستور متراجحاً، بل مؤكداً عزمها على حراستها، ومنبئاً عن ردعها لكل صور العدوان على كل حق أو حرية كفلها الدستور، فلا تكون رقابتها على الشرعية الدستورية غير إدراك لمنطلقاتها.

#### رابعاً: شرعية السلطة تفترض تداولها والقبول بها بالطرق الديمقراطية

٤٥- ولا تزال شرعية السلطة بعيدة عن أن تكون إرثاً أو تعاقباً زمنياً متصلة حلقاته إلى ما لا نهاية. وبناحية كذلك أن تكون خطوة بالئسة في مستتق أسن.

كذلك فإن انتزاع السلطة بالقوة لا يبرر ممارستها. وفرضها لإرادتها عنوة لا يوثق صلتها بمواطنيها.

وانحيازها لمصالحها الضيقة أو خروجها عن حدود التفويض المخول لها، يقوضها، ويمهد لزوالها.

ذلك إن ما يؤسسها ويدعو إلى احترامها، هو القبول العام بها. وما يطورها هو تنظيمها لهيكلها بصورة مقننة، واحتفاظها بأمال مواطنيها وتطلعاتهم.

وصح ما قرره المحكمة الدستورية العليا باطراد في أحكامها من أن مبدأ الخضوع للقانون، هو ركيزة الدولة القانونية وأساس بنائها، وأن مؤداه أن تنقيد السلطان التنفيذي والتشريعية بالقواعد القانونية التي تعلومها، والتي يتحدد مضمونها على ضوء المقاييس التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واختنتها طرائق لحياتها، ونهجاً لأشكال حركتها، ومظاهر سلوكها.

### خامساً: يحدد الدستور لكل سلطة ولايتها ويطوقها

٤٦- وبدا واضحاً للأذهان أن الدستور وثيقة مدونة تطو بأحكامها على القواعد القانونية جميعها، وأنها تحدد لكل سلطة صلاحياتها، ويطوقها في الوقت ذاته *Conferred and circumscribed competence* وأن الأصل هو أن تباشر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ولايتها في شأن النصوص القانونية جميعها، وإلا جاز القول بوجود مناطق من الدستور على الجهة القضائية أن تغمض عنها أعينها.

ومما يعزز قاعدة الخضوع للقانون، أن الأصل في الأفرع التي تنقسم السلطة، أنها متكافئة فيما بينها، وأن كلا منها يقوم بوظيفته في الحدود التي نص عليها الدستور؛ فلا ينتحل امتيازاً ثابتاً لفرع آخر؛ ولا يباشر مظاهر سلطته إلا على ضوء ضوابطها، كي يكون خضوعها للقانون، نافياً انحرفاتها، حائلاً دون تحكمها.

كذلك فإن نزول الدولة -وباعتبارها شخصاً قانونياً- على القواعد المقيدة لسلطانها، يوحد بين الفرقاء داخل الوسط الاجتماعي، ويحول دون تفاقم صور الصراع بين بعضهم البعض، ويكفل شكلاً لمصالحة بينها وبين مواطنيها، وعلى الأكل في مجال دعمها لحقوقهم وحررياتهم والعمل على حمايتهم.

### سادساً: خضوع السلطة للقانون لا ينافي استقرارها

٤٧- كذلك لا يناقض خضوع السلطة للقانون، واجبها في أن تحفظ وجودها وأن تكفل وحدتها واستقرار نظامها، وأن تحقق للجماعة تماسكها بما يؤكد مفهوم التضامن الاجتماعي بين أبنائها الذين تتصاعد احتياجاتهم باطراد في محيط الجماعة، ووفق قيمها.

شأن خضوع الدولة للقانون، شأن خضوع غيرها من أشخاص القانون لأحكامه، وإلا كان الجزء قرين خروجها على نواحيه وأوامره، مما جعل البعض يقابل بين خضوع الدولة للقانون من جهة، وبين تقييدها لسلطانها بنفسها من خلال القوانين التي تصدر عنها، والتي لا تلبس نزواتها وميلها إلى التسلط من جهة ثانية. La theorie de l'autolimitation.

### سابعاً: الفصل بين شخصية السلطة والخضوع للقانون

٤٨- ويظل صحيحاً قانوناً، أن شخصية السلطة من ناحية، وخضوع من يباشرها للقانون من جهة ثانية، أمران متماثلان. ذلك أن كل قابض على السلطة، لا يباشرها إلا نيابة عن الجماعة، ولصالحها، وعلى ضوء قيمها<sup>(١)</sup>.

وفى هذه المنطقة تتحقق جهة الرقابة على الدستورية من مباشرة الاختصاص فى حدوده؛ بعد تثبتها من وجوده.

وفى هذا المقام، ينبغي التمييز فى مجال تفسير الدستور، بين تفسير نهائى يعقد لجهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية من جهة؛ وبين تفسير مبدئى تتولاه من جهة ثانية الأفرع التى تتوزع السلطة عليها -فى إطار من الاحترام المتبادل فيما بينهما- كى يحدد كل منها نطاق ولايته على ضوء فهمه لنصوص الدستور التى ترسم تخومها<sup>(٢)</sup>.

In the performance of assigned constitutional duties, each branch of the government must initially interpret the constitution, and the interpretation of its powers by any branch, is due great respect from the others.

### ثامناً: بين الخضوع للقانون والسلطة التقديرية للمشرع

٤٩- ولا تتناقض السلطة التقديرية -والأصل فيها هو الإطلاق- خضوع الدولة للقانون بما يفرضه عليها من قواعد تعلوها.

ذلك إن السلطة التقديرية -وسواء باشرتها السلطة التشريعية أو التنفيذية- هى فى حقيقتها موازنة بين البدائل التى تتزاحم فيما بينها لتنظيم الموضوع الواحد، نوطنة لاختيار أقلها تقييداً للحرية، وأقربها اتصالاً بالأغراض التى يراد تحقيقها، وأدخلها لحكم العلاقة القانونية المعنوية، وبافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها فى مضمونها وغاياتها.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية- "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤- ص ٨٩

وما بعده من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) United States V. Nixon 418. U.S. 683, (1974).



ولا كذلك أن يقيد الدستور السلطة التقديرية في بعض جوانبها، إذ يحيلها الدستور فيما تعلق به القيد من صور اختصاصها، إلى سلطة مقيدة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا بأن: "السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل هو إطلاقها، إلا أن القيود التي يفرضها الدستور على هذه السلطة، هي التي تبين تخوم الدائرة التي تصون الحقوق التي ضمنها الدستور، فلا يكون اقتحامها إلا عدوانا على هذه الحقوق مجانباً حدود تنظيمها، ومفتهاً إلى مصادرتها أو نقيدها<sup>(١)</sup>".

بما مؤده أن السلطة التقديرية لا يجوز أن تختلط بالسلطة التحكمية. ذلك أن التقدير ليس استهواء أو تشبه، وإلا صار انحرافاً.

واتصال التقدير بموضوع معين، مقتضاه ألا يكون دائراً في الفراغ. وتوخيه تحقيق أغراض بنواتها، يفترض ألا يكون التقدير منفكاً عنها.

ومن ثم تقوم علاقة منطقية بين النصوص القانونية التي صاغها المشرع من جهة، وبين أهدافها من جهة ثانية. ذلك إن هذه النصوص تعتبر مجرد وسائل اختارها المشرع لتحقيق الأغراض التي توخاها من تنظيم موضوع معين.

فإذا لم تكن ثمة صلة منطقية بين النصوص القانونية، والأغراض التي توختها، صار التنظيم التشريعي مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

وأساس ذلك، أن تنظيم المشرع للحقوق غير مقصود لأغراض نظرية، بل يتغيا تحقيق مقاصد بنواتها حرص المشرع على بلوغها من خلال النصوص القانونية التي صاغها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. كذلك القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦ وما بعدها من هذا الجزء.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولأن كل تنظيم يتضمن تعسيما تشريعيا أو تصنيفا Legislative classification من خلال الحقوق أو المزايا التي يمنحها لفئة دون أخرى، أو عن طريق الأعباء التي يلقيها على البعض أو التي يغطيها منها، فإن اتصال النصوص القانونية التي يقوم عليها هذا التقسيم التشريعي بأهدافها، ينبغي أن يكون حقيقيا، ومنطقيا، وإلا صار منظويا على تمييز غير مبرر دستوريا.

ولا كذلك السلطة التحكيمية التي تتلخص بطبيعتها خضوعها للقانون، سواء عند ميلادها أو من خلال مظاهر مباشرتها. إذ تتمحض انفلاتا من القواعد التي فرضها الدستور في مجال تأسيسها، وعلى صعيد ممارستها.

#### تاسعا: منفاة الخضوع للقانون للنظم الاستثنائية كأصل عام

٥٠- ويلاحظ أخيرا، أن حقوق الأفراد وحرياتهم لا تصونها قوانين استثنائية لا تقتضيها الضرورة في أعرق ملاحها. كذلك التي تعبر السلطة بها عن ميلها إلى العدوان أو إلى التسايط والاستعلاء. ذلك أن هذه القوانين تتمحض غلوا في مجال القيود التي تفرضها على حقوق الأفراد وحرياتهم. وتقوم على تطبيقها كذلك هيئة استثنائية سواء في تشكيلها أو في مضمون القواعد القانونية التي تطبقها، بما يخل بحق المتقاضين في الحصول من قاضيه الطبيعي على الحد الأدنى من ضماناتهم التي يكفلها الدستور والقانون.

#### عاشرا: فرائض مبدأ الخضوع للقانون

٥١- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، يفترض مبدأ الخضوع للقانون:

أولاً: أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء في مجال طلبها أو الدفاع عنها واقتضاءها، أو على صعيد الطعن في الأحكام التي تتعلق بها. ذلك أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم في مجال فرضهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي؛ ولا في مضمون القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع للحقوق ذاتها التي يدعونها؛ ولا في اقتضاءها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنظمها<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية - "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام

ثانياً: أن تكون القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية، واقعة في حدود ضيقة، ليلغ اليقين بها حداً يعصمها من كل جدل حول دلالتها Legal Certainty، وحتى لا يكون تطبيق رجال السلطة لها، انتقائياً قائماً على معيار شخصية تخالفها الأهواء، وتقال من الأبرياء<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن يرتبط نفاذ القاعدة القانونية في حق المخاطبين بها، بإعلانها من خلال نشرها لضمان ذبوع أحكامها، وامتناع القول بالجهل بها. فلا يكون نشرها إلا كافلاً وقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حائلاً دون اتصالهم منها، ولو لم يكن علمهم بها يقينياً، أو كان إراكمهم لمضمونها مشكوكاً فيه.

ذلك أن حملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحرياتهم وبحقوقهم التي كفلها الدستور، دون تقيد بالوسائل القانونية السلمية التي حدد الدستور تخومها وفصل أوضاعها، والتي يندرج تحتها أن القاعدة القانونية التي لا تنتشر، لا توفر إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها. ولا يجوز التدخل بها -بعد زوال مقوماتها- لتتظلم حقوق المواطنين أو حرياتهم.

رابعاً: أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كذلك المتعلقة باقتراحها أو بإقرارها، أو بإصدارها، أو بنشرها في الجريدة الرسمية؛ لا يستقيم بنوانها، وتعامل بالتالي كالعدم سواء بمسواء.

والقول بأن القواعد القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها، مردود، بأن الرقابة على الشرعية الدستورية، تستهضئ تلك النصوص التي جرى تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذٍ زليلتها قوة نفاذها، إذ يعتبر إخضاعهم لها، تخطاً فعلياً Actual Interference في شئونهم، ملحقاً ضرراً مادياً أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ - القاعدة رقم ٢٨ - من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

خامساً: كلما ارتبط تجريم أفعال بذواتها بوقوعها في مكان معين، تعين على المشرع أن يبين أوصافه وحدوده، بصورة جلية لا غفاء فيها، وإلا كان مجهلاً بنطاق الدائرة التي لا يتصور وقوع الأفعال التي أتمها فيما وراء حدودها الخارجية<sup>(١)</sup>.

سادساً: كذلك فإن ربط الأغراض التي يراد تحقيقها، بالوسائل إليها An end - means test يعتبر أحد العناصر الجوهرية لخضوع الدولة للقانون.

وعلى ضوء هذه القاعدة، لا تنتظر جهة الرقابة على الدستورية إلى نصوص الدستور في ذاتها، ولكنها تجيل بصرها في أمر خارج عنها، هو ما إذا كانت القيود التي فرضتها السلطة التشريعية على الحقوق التي كفلها الدستور، ترهق محتواها، فلا تناسبها، خاصة حين تربو الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم، على الثمار التي تريد السلطة التشريعية أن تحصل عليها من وراء تنظيمها لها.

سابعاً: ويفترض الخضوع للقانون كذلك، وحدة البنيان الموضوعي للقيم A unified structure of substantive values وعلى الأخص تلك التي تتعلق بتحقيق ديمقراطية برلمانية حرة وتمثيلية، تعززها حقوق الأفراد وحرياتهم التي ندرجوها في الدستور.

وتتأتى موضوعية القيم للكامنة وراء الحقوق التي كفلها الدستور، في أن لكل منها وجوداً واقعياً في ظل أحكامه، فلا تعتبر مجرد قيم فلسفية، ولكنها تقيد كل سلطة وتلزمها بالنزول عليها في إطار عناصر نظامها القانوني ومفرداته.

فحق الاجتماع، والحق في الملكية وحرية التعبير، وحق الشخص في اختيار الحرفة التي يريد امتنانها، تقارنها مجموعة من القيم تعتبر غاية نهائية لهذه الحقوق، فلا يجوز الإخلال بها.

كذلك فإن الحق في صحافة متحررة من القيود التي تقوض استقلالها، لا يحول دون تنظيمها، لضمان القيم الموضوعية للجماعة في الديمقراطية والحرية، ومن بينها ألا تكون الصحافة أسيرة مصالح فتوية تهيم عليها وتوجهها.

(١) لكل محمية بحرية -بالضرورة- حيز من المياه البحرية يكون محددًا لنطاق الدائرة التي لا يتصور أن تقع الأفعال التي أتمها المشرع فيما وراءها. فإذا لم يبين المشرع أصلاً حدود المحمية البحرية، أو أشار إليها بصورة إجمالية ثم أعمل نشر الخريطة التي تبين حدود المحمية في الخريطة للوسمة، فإن خاصية القياس التي تهيم على التحريم تكون منتقبة، بما يناقض التصحوص للقانون، ويحل بالحرية الشخصية من خلال قيود غير مبررة تنال من جوهرها -الحكم السابق- ص ٣٣٧ - ٣٣٩ من الجزء السابع.

بيد أن موضوعية القيم، لا تعنى أن تعزل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، العناصر السياسية للقيم عن متطلباتها الواقعية. بل تتحدد هذه القيم على ضوء نظرة شاملة تحيط بكل العناصر التي كونتها، وعلى الأخص في محيط الرقابة على الدستورية التي لا ينفصل فيها القانون عن السياسية، بل يكون تداخلهما تعبيراً عن جوهر هذه الرقابة وحقائقها. وموضوعية القيم للكامنة وراء نصوص الدستور، هي التي تعطى الحقوق التي كفلها ضماناتها العملية وتقويها.

ذلك أن هذه القيم، هي التي تحكم النظام القانوني في مجموع مكوناته، وتؤثر بالتالي في القانونين العام والخاص، وتوحد تطبيقاتهما في كل ما يتصل بالأغراض النهائية التي تتوخاها الحقوق الأساسية التي ضمنها الدستور Objective underlying guaranteed basic rights.

كذلك فإن موضوعية القيم التي احتضنها الدستور، هي، التي تظهر أحكامها مما يكون قد شأبها من غموض. ذلك أن هذه القيم هي التي تحدد -من منظور اجتماعي- ما قصده الدستور بالحق أو الحرية محل الحماية<sup>(١)</sup>.

#### حادى عشر: مبدأ الخضوع للقانون في الدول الفيدرالية

٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يقوم مبدأ الخضوع للقانون على صون مجموعة من القيم التي يمكن استخلاصها من نصوص الدستور الفيدرالي، من بينها ضمان وحدة الدولة الفيدرالية، وتكامل إقليمها، والتوفيق بين مصالحها ومصالح ولاياتها The principle of federal comity؛ وضمان نظامها

(١) يلاحظ أن فهم جهة الرقابة على الدستورية، للقيم التي يحتضنها الدستور، إما أن يتم على ضوء نظرة تحريرية Liberal theory تأخذ في اعتبارها الحرية الاقتصادية والحق في تقرير المصير، وتؤكد الطبيعة السلبية لحقوق الفرد في مواجهة الدولة، أو نظرة تربط حقوق الفرد بالتجمعات المختلفة، كالجماعات الدينية. ووسائل الإعلام ومراكز البحث العلمي وعلاقات الزواج والأسرة Institutional theory.

أو على ضوء نظرة قوامها أن لهذه القيم خصائصها الذاتية النابعة من كرامة الإنسان والمتولدة عن ملامح النفس البشرية وطبيعتها Value - oriented theory

وقد ينظر إلى هذه القيم على ضوء ما يلائم بعض الحقوق من ملامح سياسية ذات طبيعة عرضية كالحق في حرية التعبير والاجتماع، فضلاً عن الدور الذي تلعبه الانتخابات والأحزاب السياسية Democratic theory. وأخيراً فإن النظرة الاجتماعية لهذه القيم Social theory تركز على أهمية العدالة الاجتماعية والحقوق الثقافية والأسر الاجتماعي. وعادة لا تعتمد جهة الرقابة على الدستور في بحثها عن القيم الكامنة وراء نصوص الدستور، بنظرية دون أخرى، ولكنها تعمل على التوفيق بين عناصرها وتريل للتوتر بينها قدر الإمكان.

الديموقراطية الحر Free liberal democratic order؛ وإسهام أحزابها السياسية فى تكوين الإرادة السياسية لشعبها؛ وامتناع تعديل نصوص الدستور الفيدرالى التى حظر تعديلها Unconstitutional constitutional amendment؛ ومعاملة نصوص الدستور الفيدرالى باعتبارها مترابطة فيما بينها؛ The principle of the constitution's unity وتفعيلها للحصول على أقصى نواتجها؛ optimal effect، فلا يقع تنازع فى القيم على صعيد الدولة الفيدرالية فى مجموع مكوناتها، ولا تحبط إحداها أغراضا لغيرها.

(١٤)

بين تدرج قواعد الدستور وتساويهاأولاً: نصوص الدستور لا تدرج فيها

٥٣- لقواعد الدستور جميعها مرتبة واحدة، فلا ينتظمها تدرج هرمي يقيم بعضها فوق بعض.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

>>>الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تمتاز فيما بينها، ولا ينتظمها تدرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو في مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز اقتحامه بالقيود التي تفرضها النصوص التشريعية. ويتحدد هذا المجال بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه، على ضوء طبيعة كل حق منها؛ وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره؛ وفي إطار الرابطة الحتمية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور، باعتباره مدخلا إليها، أو لازما لصونها>>(').

ثانياً: ديباجة الدستور وقيمتها

٥٤- وشأن ديباجة الدستور، شأن القواعد المنصوص عليها في صلبه، كلما حوت هذه الديباجة قواعد من طبيعة دستورية. ولئن كان البعض يميز في ديباجة الدستور بين عباراتها الغامضة التي لا يجوز التعويل عليها من جهة؛ وبين ألفاظها الواضحة التي يمكن ضبط معانيها من جهة ثانية؛ إلا أن ما ينبغي التركيز عليه في ديباجة الدستور، ليس غموض معانيها أو وضوحها، وإنما القواعد القانونية التي تنشئ هذه الديباجة بها.

فكلما تعذر علينا أن نستنبط من هذه الديباجة -حتى في أجزائها الواضحة معانيها- قاعدة قانونية لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، فإن هذه الأجزاء تتعد قيمتها الدستورية، ولا تزيد

(') دستورية عليا -القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ قاعدة رقم ٣٧ ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

عبارتها عن أن تكون سردا لحقائق تاريخية، أو لمرحلة من نضال الجماعة أو لأطوار من التطور بلغتها أو آمال ترجوها وتخطط لها<sup>(١)</sup>.

### ثالثا: الوثائق ذات الطبيعة الدستورية وقيمتها

٥٥- وقد تكون بعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية، أسبق في وجودها من الدستور. وقد تتعدد هذه الوثائق وتتوغل، ويزداد ثراؤها تبعاً لاختلافها في المسائل التي تنظمها واتساع أفاقها وتعدد جوانبها، وتعلق بعضها بالحقوق السياسية والمدنية، وبعضها الآخر بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية أو بمزيج منها. ومن ثم تشكل هذه الوثائق -في مجموع مفرداتها- روافد متدفقة لصون هذه الحقوق جميعها.

وكثيرا ما يثور الجدل حول أهمية هذه الوثائق في علاقتها ببعضها، ودرجة الحماية التي ينبغي أن توفرها لها، وعما إذا كان قدم بعضها يسوغ لإطراحها أو التقليل من أهميتها، أو تقديم غيرها عليها.

وتظهر حدة هذه المشكلة، إذا كانت جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تحنك في مجال فصلها في دستورية القوانين - إلى نصوص الدستور وحدها. بل تضم إليها وثائق أخرى لها طبيعة دستورية، وتشكل في مجموعها كتلة واحدة تكون معانيها غير متوافقة فيما بينها، بما لا يورث بين أجزائها، بل يقيم بعض أشكال التعارض بينها، وعلى الأخص إذا صدرت هذه الوثائق في أزمان مختلفة تتباين ظروفها، وكان لها من تعددها واتساع أفاقها، ما ينافي تلاقيها فيما بينها. لاسيما وأن الآراء الفلسفية التي أوجحتها، كثيرا ما تتنازع، فلا تصدر هذه الوثائق عن مفاهيم موحدة تجمعها، وتتحدد معانيها على ضوءها.

وقد يحل الدستور القائم إلى هذه الوثائق كلها، بنص صريح فيه، ككلام بذلك تساويها فيما بينها.

(١) فما تنص عليه ديباجة الدستور القائم في مصر من أن شعب مصر العظيم يحمل إلى جلاب أمانة التاريخ، أهدافا عظيمة للحاضر والمستقبل بذورها النضال العظيم والشاق؛ لا يبلور -مع وضوح هذه العبارة- قاعدة قانونية يمكن استخلاصها منها. ولا كذلك ما جاء في هذه الديباجة من أن سيادة القانون ليست ضمنا مطلوبا لحرية الفرد، ولكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت. ذلك أن مفاد هذه العبارة، أن سيادة القانون هي -التي تضمن الحرية الفردية، وأن السلطة لا تعتبر امتيازاً لصاحبها يقبض عليها بالقوة، وإنما يمارسها وفق القانون.



وقد يصدر في شأن حقوق الإنسان وحرياته، إعلان أو أكثر يكون منفصلاً عن الدستور؛  
موجلاً في القدم؛ أو حديثاً، مواكبا لحقائق العصر أو متخلفاً عنها.

وقد تتعارض الوثائق الدستورية فيما بينها بالنظر إلى اختلافها في الأفكار الفلسفية التي  
وجهتها. ذلك أن حقوق الأفراد وحرياتهم لا تجمعها دوماً نظرة واحدة، ولا تخالطها الأفكار عينها،  
بل لكل منها وجهتها.

فمن وثائق إعلان الحقوق، ما يتعامل مع حرية التعبير وحرية الابتداع وحرية التنقل، باعتبارها  
مقررة أصلاً لمصلحة ذويها، فلا يتدخل المشرع لتنظيمها إلا في أضيق الحدود، سواء لضمان انتفاع  
أصحابها بها بطريقة أفضل، ولحماية استقلالهم فيما يقررونه بشأنها؛ أو ليوافق بين مبادئها من  
جهة، ووجود الجماعة التي يعايشونها من جهة ثانية.

وقد تنظر بعض الوثائق الدستورية إلى الحق في الصحة والحق في التعليم والحق التضامن من  
زاوية اجتماعية، فلا تكفلها الدولة لمصلحة الفرد وحده استقلالاً عن غيره، وإنما تضمنها لمصلحة  
مجموع من الأفراد يشكلون مجتمعها<sup>(١)</sup>.

ولا زال التعارض بين الوثائق فيما بينها، وكذلك فيما بين أجزاء الوثيقة الواحدة، حقيقة واقعة  
لا مجال لإنكارها.

فالدستور الفرنسي لا يتضمن بين نصوصه، مبدأ السير المطرد للمرافق العامة بما يكفل  
انتظامها. وإنما يستند هذا المبدأ، إلى القواعد الرئيسية التي ألقتها القوانين المعمول بها في  
الجمهورية، والتي تشكل جزءاً من رزمة الدستورية التي يحتكم إليها المجلس الدستوري للفرنسي عند  
الفصل في دستورية القوانين قبل إصدارها.

(١) فإعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ يكشف عن طبيعة الفردية مؤسسا ديمقراطية سياسية، تدبرها الدولة في  
أضيق الحدود. ولا كذلك دياحة دستور ١٩٦٤ التي تبلور الطبيعة الجماعية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وتقيم من  
خلال النصوص التي تنظمها، ديمقراطية اشتراكية توجهها الدولة.

ومن المحقق، فإن مبدأ السير المطرد للمراقب العامة، ينافيه لتقطاع العمال عن العمل من خلال إضرابهم. كذلك فإن لكل من الحرية الفردية والحق في التنقل قيمة دستورية قد يقيد بها -والى حد كبير- ما تراه الدولة ضروريا من التدابير لتحقيق أغراض تتصل بالخير العام.

وبالمثل، فإن مبدأ الحرية الشخصية في تحديد الأجر، يناقض حق النقابة وحريتها في العمل من أجل صالح العمال المنضمين إليها من خلال فرضها شروط عمل أفضل، ومن بينها الأجر الملائم.

٥٦- ولئن جاز القول بأن التوفيق بين نصوص الوثيقة الوحيدة، قد يزيل بعض مظاهر تناقض أحكامها، إلا أن صوراً أخرى من التعارض في ذات الوثيقة، قد تستعصى على التوفيق كحق الدولة في احتكار بعض وسائل الإعلام باعتباره نقبض التعددية.

ويظل لجهة الرقابة على الشرعية الدستورية دوراً فاعلاً وعريضاً في سعيها للمواءمة بين الوثائق الدستورية التي تتخذها مرجعاً لها، عند الفصل في دستورية النصوص القانونية.

ويزداد دورها أهمية فيما غمض من نصوص هذه الوثائق، وضرورة تجليتها من خلال نظرية شاملة تحيط بها في مجموع أحكامها، على أن تستخلص جهة الرقابة على الدستورية، من هذه الوثائق، القواعد الدستورية بطبيعتها -ولو لم تكن متفرعة عن أصل ينتجها- ثم ترصد أغراضها النهائية، لتقيم بنيانها بصورة أكثر تماسكاً.

والأولوية التي يعطيها نفر من الفقهاء لبعض الوثائق الدستورية، أو تفضيلهم بعضها على بعض في مجال موازناتهم بينها، لا تحسم ما يدعونه من تدرج هذه الوثائق من جهة ترتيبها فيما بينها، ولا تزيد عن وجهة نظر شخصية يقولون بها<sup>(١)</sup>.

(١) يقول François Goguel وهو عضو قديم في المجلس الدستوري الفرنسي بآل المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتطلبها بوجه خاص أوضاع العصر، والتي تشير إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ لا تحوز دات القيمة الدستورية التي تتمتع بها الحقوق المنصوص عليها في إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩. ذلك أن هذه الحقوق مطلقة في طبيعتها، وترتبط بالإنسان بوصفه كائناً بشرياً، بغض النظر عن زمن ومكان وجوده. أما المبادئ المشار إليها في ديباجة دستور ١٩٤٦، فإنها تتمحور عن حقوق نسبية، وترتبط بمجتمع محدد قائم في لحظة زمنية معينة.

François Goguel, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, 1982, p.236.

### رابعاً: صدور الوثائق القانونية الدستورية في أزمان مختلفة لا ينفى تضمينها

٥٧- فالوثائق الدستورية تتضام مع بعضها، وليس لإحداها مركز قانوني خاص بها يقدمها على غيرها. بل يكون تساوياً هو الأصل الذي يحكمها، وعلى الأخص إذا أقرتها -في مجموعها- جهة واحدة؛ وكان تأسيسها لها قد تم وفق قواعد موحدة التزمته.

بما مؤداه أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها، لا يقدم بعضها على بعض، ولا يحول دون تجانسها في عموم توجهاتها وتطبيقاتها، ولا يمنع من العمل على التوفيق بين أجزائها من خلال تفعيل الوحدة العضوية التي تجمعها.

### خامساً: تنوع الوثائق الدستورية لا يجعل أحدها منسوخاً بالحق

٥٨- على أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها في البلد الواحد، لا يجوز أن يضر على أن أحدها صار منسوخاً بالحق بالحق بقدر ما بينهما من تعارض، La règle lex posterior ذلك أن صدور هذه الوثائق في أزمان مختلفة، لا يفيد أن القديم منها يبطل أفكاراً بالية عتيقة لها من قدمها ما يسوغ تجاوزها، وإبدال غيرها بها، ولا يجعل كذلك للوثائق القديمة أهمية محدودة في علاقتها بالوثائق اللاحقة عليها. ويظل هذا النظر صحيحاً ولو كانت الوثائق الأحدث، أكثر اقتراباً من جهة مضمونها - من حقائق العصر، لتكون لها عندئذ -وفق ما يراه البعض- القيمة الدستورية الكاملة Pleine Valeur Constitutionnelle التي لا تتوازن معها الوثائق القديمة، بل تكون دونها. وهو أمر منتقد، ذلك أن إعطاء بعض الوثائق الدستورية قيمة دستورية كاملة، مؤداه -بمفهوم المخالفة A contrario- أن سواها أقل قيمة منها، وهو ما يفيد علو بعض الوثائق على بعض، وتكرجها فيما بينها، وهو نظر غير صحيح لأمرين:

أولهما: أن دستور الدولة قد يدمج في ديباجته، كل الوثائق السابقة على إقراره، إما كان تساريخ اعتماد كل منها. فلا يكون لتعاقبها في الزمان من أثر على قيمتها الدستورية، بل تتعاون هذه الوثائق جميعها فيما بينها، لتقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية الطول الملائمة للفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها.

ثانيهما: أن تعاون هذه الوثائق على النحو المتقدم، مؤداه تكاملها فيما بينها، فلا يكون بعضها لبعض إلا ظهرياً، خاصة وأن اتصال بعض الوثائق الدستورية بحقائق نظمها -بمفهوم الحصة، وإن

جعلها من زاوية واقعية أكثر اقترابا من المفاهيم المعاصرة؛ إلا أنه من ناحية قانونية، ليس ثمة قاعدة دستورية تعتبر أكثر دستورية Plus constitutionnel من قاعدة أخرى تماثلها في طبيعتها وخصائصها.

ولا بالتالي يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تفاضل بينها، إلا بقدر انتقاء القاعدة الدستورية التي تراها أكثر اتصالا بالنزاع المعروض عليها. فلا تكون قراءتها للوثائق الدستورية في مجموعها، تغليباً لبعض قواعدها على بعض. بل بقصد اختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية المعنية.

٥٩- غير أن بعض الفقهاء يعيم تمييزاً بين الوثائق الدستورية - لا من جهة علاقتها ببعضها - بل من زاوية الحقوق التي تكفلها كلاً منها. ذلك أنهم يقولون إن لبعض الحقوق التي تضمنتها هذه الوثائق، درجة من الحماية أكثر من غيرها.

وهي بعد حماية تتحدد على ضوء مضمون الحق، ودوره في الجماعة من جهة تطويرها وتنسيق مقوماتها.

بيد أن وجهة النظر هذه يدحضها أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم لا يتفقون فيما بينهم على قائمة الحقوق التي يدعون تمتعها بحماية دستورية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية وحرية التعبير وحرية العقيدة وحرية الصحافة، على سواها<sup>(١)</sup>.

ويظهر آخرون من بينهم، الحرية الفردية وحرية العقيدة وحرية الاجتماع والحق في التعليم<sup>(٢)</sup>.

وينحاز نفر منهم إلى مجموع الحقوق الطبيعية التي لا تتقادم، والمقررة لكل فرد باعتباره إنساناً، ويندرج تحتها الحق في الحرية، وفي الملكية، والأمن، ومقاومة أشكال الاضطهاد على نطاقها<sup>(٣)</sup>.

واختلافهم المتقدم في شأن أنواع الحقوق الأكثر أهمية من غيرها، والأجدر بالحماية الدستورية من سواها، يحمل وجهة نظر شخصية تقوض الضوابط الموضوعية للنظرية التي يقولون

(١) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel. F. D. C. E. 1988. p. 181

(٢) Louis Favoreu. les libertés protégées par le conseil constitutionnel. in conseil constitutionnel. court européenne des droit de l'homme. 1990. p. 33.

(٣) Domonique Turpin, Contentieux constitutionnel P U F 1986. p. 86

بها، والتي لا تقرر فقط أن لبعض الحقوق أولوية أولى Premier rang وأن غيرها مرتبة ثانوية Second rang، ولكنها تنال كذلك من صحيح العلاقة بين الوثائق الدستورية بعضها البعض.

ذلك أن تركيز المدافعين عن هذه النظرية، على قوائم الحقوق التي تتضمنها الوثائق الدستورية، والتي يرونها أكثر أهمية من غيرها، يقدم مآلا بعض هذه الوثائق على سواها. وليس ذلك إلا ترتيبا يقوم على تدرج تلك الوثائق فيما بينها.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة على الدستورية تحتكم أحيانا إلى بعض الحقوق التي تتضمنها هذه الوثائق دون غيرها، فذلك بوصفها مدعوة إلى الفصل في نزاع معروض عليها يقتضيها أن تجبل بصرها في جوانبه المختلفة لتحمل حكمها على أكثر الحقوق اتفاقا مع طبيعته.

فلا يكون خوضها في نوع من الحقوق دون آخر، تفضيلا لبعضها على بعض، أو لترتيبها فيما بينها، وإنما هو اختيار منها للقاعدة القانونية الأقرب اتصالا بالمسائل المطروحة عليها.

وقد تركز جهة الرقابة على الدستورية اهتمامها على مبدأ معين -لا من مفهوم التدرج بين القواعد للقانونية- ولكن بوصفه ضمانا مبدئية لتعميق الديمقراطية وبناء أسسها.

وصح بالتالي القول بأنه بغیر التعددية لا تستقيم حرية الصحافة، ولا غيرها من وسائل الإعلام والاتصال، وإن يكون دورها فاعلا في مجال تطوير مجتمعها وتعميق ثقافتها.

ومن ثم تكون لهذه التعددية La pluralisme قيمة دستورية مطلقة تقتضى حماية أكبر -لا بالنظر إليها في ذاتها- وإنما بوصفها أحد شروط الديمقراطية ودعائمها La fondement de la démocratie.

### الكتاب الأول

#### الأسس العامة للرقابة على الشرعية الدستورية

### الباب الأول

#### الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية

### الفصل الأول

#### الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعيتها

٦٠- لا شبهة في أن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها التي تقتضى أن تنقذ الجهة التي تباشرها بالضوابط المرسومة لها، وأهمها أن تكون نصوص الدستور مرجعها في هذه الرقابة، تعليلها على القانون، وتفصل على ضوئها في دستوريته.

ومفترضها أن تقابل جهة الرقابة على الدستورية بين قاعدتين قانونيتين لا تتحدان في مرتبتيهما، لترجح إحداهما على ما دونها، بما يكفل السيادة للدستور، ويفرض قواعده على ما سواها من النصوص القانونية -لا لتصحيحها- وإنما من خلال إبطال ما يكون مخالفا منها للدستور. وهو إبطال يقتضى أن تتخذ السلطة التشريعية من جانبها ما تراه من التدابير الملائمة التي تزيل بها الآثار التي رتبها النصوص الباطلة في شأن من أضربوا من جراء تطبيقها عليهم.

٦١- على أن نصوص الدستور لا تعتبر في بعض الدول، مرجعا وحيدا للرقابة القضائية على الدستورية. بل تقوم إلى جانبها ديباجته- لا في مجمل عباراتها الجنية منها أو الغامضة- بل فيما يكون من معانيها، وأشيا بالقاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها منها.

فإذا كانت ديباجة الدستور حتى في ألفاظها الصريحة، وعباراتها القاطعة، لا تنتج قاعدة دستورية في طبيعتها، وكان توليدها منها متعزرا؛ قلن ديباجة الدستور تنقد قيمتها الدستورية بالنسبة إلى أجزائها المرسلة، وعباراتها الإنشائية. ولا يجوز بالتالي اعتبارها مرجعا في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وقد يقصر الدستور وديباجته، عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية التي تطرح على جهة الرقابة على الدستورية.

وقد تخرج النصوص القانونية المطعون عليها عن كل علاقة منطقية سموها، فلا يكون نبوها عن حقائق العدل وإهياً، بل ظاهراً بآثارها.

وفي هذه الفروض وما يشابهها، لا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية إلا أن تُعْمَل نظرها في مفاهيم تقدر علوها على الدستور وديباجته، مستوحية منها ما تراه معياراً ملائماً للفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ كأن تنظر في المسائل الدستورية المطروحة عليها، على ضوء مفاهيم الحقوق الطبيعية التي لا يمكن النزول عنها، أو تجزئتها، أو التصالح عليها؛ أو بالرجوع إلى القانون المقارن؛ أو إلى القيم التي أنبتتها الجماعة ومنحتها لنفسها The given values of the society؛ أو إلى المقاييس المعاصرة التي اتخذتها الجماعة ضوابط لحركتها؛ أو إلى مصادمة النصوص المطعون عليها للعقل الجمعي وخروجها بالتالي عما يعتبر لائقاً؛ أو إلى قيم الحق والعدل التي لا يجوز تحريفها؛ أو إلى القيم الغائرة في وجدان المواطنين إلى حد اعتبارها من التقاليد التي يصرون عليها لضمان أنماط أفضل من حياتهم؛ أو إلى الحقائق التاريخية التي أدرکوها؛ وكان دورها مؤثراً في بنیان الدستور؛ أو إلى دلالة المواقف القضائية فيما بين دول تتقارب ثقافتها وتترك في اللغة التي يتحدثون بها؛ أو إلى ما يعتبر حقاً وإضافاً لتحديد مفهوم الوسائل القانونية التي ينبغي اتباعها.

٦٢- على أن تلك المفاهيم جميعها، تظل اجتهداً قضائياً يتردد بين الانطلاق والتراجع، بين نقطة الضمير ونهاويه، بين قوة الجهة للقضائية التي تباشر الرقابة القضائية على الدستورية أو تفككها وتضاؤل دورها، بين إرادة تطوير الدستور ومحاذير الخروج عليه، ولو بطريق غير مباشر.

ولم يكن لهذا الاجتهاد -على ضوء طبائع الأشياء- أن يقيم دعائم ثابتة تثبت منها، أو تُرد إليها، معايير الرقابة على الدستورية، وتتحدد على ضوئها مرجعيتها.

وزاد من دقة الأمر، أن كثيراً من المسائل الدستورية تتكون من عناصر مركبة، وأن نصوص الدستور الموجزة في جملها، الغامضة في بعض معانيها، القاصرة في تفصيلاتها، لا تصلح لمواجهتها.

ولم يكن هذا القصور بالتالي، مبلوراً مجرد أوضاع نظرية، بل حقائق عملية يتعين مقابلتها بالحلول التي تلائمها.

وكان قصورُ المعايير التي تعتمد عليها جهة الرقابة على الدستورية في مباشرتها لولايتها، حافظاً لجهات الرقابة -أو على الأقل لبعضها- إلى ابتداء معايير مختلفة تنسم بتتبعها وبتتبعها، لتقيم من مجموعها ضوابط متكاملة للشرعية الدستورية، لا تقتصر معاييرها، على الدستور وديباجته، ولكنها تتعداها إلى وثائق تقوم إلى جانبها وتتكامل معها، مكونة من مجموعها كلاً غير منقسم.

ولم يكن إسباغ الصفة الدستورية على هذه الوثائق اجتهاداً فقهاً أو قضائياً، بل ترديداً لحكم الدستور ذاته بعد أن أضافها في ديباجته، إلى النصوص التي تضمنها.

ومن ثم تكون مرجعيتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية، عائدة إلى الدستور، إذ هو الذي أضفى عليها قيمتها الدستورية؛ وجعلها موازية في قوتها للقواعد الواردة فيه؛ وعصمها عن كل جدل يثير شكوكاً حولها، بأن جعلها جزءاً لا يتجزأ من أحكامه.

والرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، خير دليل على ما تقدم، ذلك أن ديباجته زاخرة بنصوص قانونية أنجزتها في الدستور بوصفها من مكوناته؛ ومن بينها إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦.

فقد عُرضَ هذا الإعلان وتلك الديباجة، مع دستور عام ١٩٥٨ وديباجته، فقبلتها الجماهير جميعها، بمبادئها وقيمها ونصوصها، مبلورة من خلال إدماجها في الدستور، تساويها مع نصوصه. فلم يعد طريق الاعتماد على الوثائق المنمجة في الدستور منفقاً، بل مفتوحاً أمام المجلس الدستوري الفرنسي، ومتجدداً، يحيل إليها كلما حزبه أمر.

وكان منطقياً بالتالي أن يؤكد هذا المجلس القيمة الدستورية لكل من إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، ولديباجة ١٩٤٦، وكذلك لكافة النصوص التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨.

وعلى هذا النحو، تكون للدستورية رزمة تشكل الوثائق السابقة على دستور ١٩٥٨ والتي تحيل إليها ديباجته -جانباً من مفرداتها.

بل إنه فضلاً عن هذه الوثائق، فإن لزمة الدستورية أو كتلتها، عناصر أخرى يندرج تحتها:



• المبادئ الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها فى الجمهورية Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République، والتي يندرج تحتها: حرية تكوين الجمعيات دون تدخل سابق من أية سلطة<sup>(١)</sup>؛ وحرية التنظيم<sup>(٢)</sup>؛ والحرية الفردية<sup>(٣)</sup>؛ وصون حقوق الدفاع<sup>(٤)</sup>؛ واستقلال أعضاء هيئة التدريس الجامعي<sup>(٥)</sup>؛ واختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل فى سوء استعمال السلطة الإدارية<sup>(٦)</sup>؛ فضلا عن اختصاص السلطة القضائية بالفصل فى المسائل المتعلقة بحماية الملكية العقارية<sup>(٧)</sup>.

ولا شبهة فى أن عبارة "القوانين المعمول بها فى الجمهورية" تفيد بالضرورة استبعاد القوانين التى كانت سارية فى العهود الملكية أو الإمبراطورية، ولو كان لها روح النظم الجمهورية L'esprit Republicain.

ويتعين عند بعض الفقهاء، أن تكون قوانين الجمهورية التى تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ سابقة فى صدورها على نفاذ هذه الديباجة<sup>(٨)</sup>، وهى نتيجة ينازع فيها فقهاء آخرون، على تقدير أن إسباغ القيمة الدستورية على مبادئ تضمنها قانون ما، منقطع الصلة بما إذا كان هذا القانون قد صدر قبل أو بعد عام ١٩٤٦، وإنما تستخلص جهة الرقابة على الدستورية هذه القيمة من مضمون القاعدة التى تضمنها القانون، فلا تتمتع بالقيمة الدستورية، إلا لأنها تستحق وصفها باعتبارها كذلك<sup>(٩)</sup>.

وفى إطار ما تقدم، رفض المجلس الدستوري الفرنسي أن يعتد بواقعة ميلاد الشخص فى فرنسا بوصفها، منشئة بذاتها -ربصفة آلية- للحق فى الجنسية الفرنسية، ولم يعتبرها بالتالى مبدأ جوهرياً أقرته القوانين المعمول بها فى الجمهورية. ذلك أن هذه الجنسية لا يجوز منحها إلا لشخص ولد فى فرنسا من أجنبي، وكان أبوه كذلك قد ولد فيها.

<sup>(١)</sup> C.C. 71-44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p.29.

<sup>(٢)</sup> C.C. 77-87 D.C., 23 Nov. 1977, R.p.42.

<sup>(٣)</sup> C.C. 76-75 D.C., 12 Janv. 1977, R.p.33.

<sup>(٤)</sup> C.C. 76-70 D.C., Dec. 1976, R.p.39.

<sup>(٥)</sup> C.C. 83-168 D.C., 20 Janv. 1984, R.p.30.

<sup>(٦)</sup> C.C. 86-224 D.C., 23 Janv. 1987, R.p.8.

<sup>(٧)</sup> C.C. 89-256 D.C., 25 Juil. 1989, R.p.53.

<sup>(٨)</sup> Francois Luchaire, le conseil constitutionnel, Economica, 1980, p. 182.

<sup>(٩)</sup> Dominique Rousseau, chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 R.D.P. 1993, p.12.

\* وتدخل كذلك في رزمة الدستورية، للمبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بوجه خاص لمواجهة حقائق العصر. وقد عدتها ديباجة دستور ١٩٤٦ التي يحيل دستور ١٩٥٨ إليها، ويندرج تحتها مبدأ المساواة بين الجنسين<sup>(١)</sup>؛ والحق في الملجأ أو حق اللجوء السياسي Le droit d'asile<sup>(٢)</sup>؛ والحق في الحصول على عمل<sup>(٣)</sup>؛ والحرية النقابية<sup>(٤)</sup>؛ وحق الإضراب<sup>(٥)</sup>؛ والحق الجماعي للعمال في تقرير شروط العمل وإدارة مشروعاتهم<sup>(٦)</sup>؛ والملكية الجماعية للمرافق العامة الوطنية وللاحتكارات الفعلية أو الواقعية<sup>(٧)</sup>؛ ومبدأ تنظيم التعليم العام المجاني والعلماني<sup>(٨)</sup>؛ ومبدأ احترام قواعد القانون العام وقواعد القانون الدولي؛ وعدم جواز استعمال القوة ضد حرية أمم أخرى<sup>(٩)</sup>؛ ومبدأ جواز تقييد السيادة بشرط التبادل - في مجال تنظيم الدفاع عن السلم<sup>(١٠)</sup>.

وحاصل ما تقدم أن كل المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تؤكد حقائق العصر ضرورتها، لها قيمة دستورية تفرض نفسها على المشرع، وإلا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تصوبه إذا تجاهلها.

٦٣- والمبادئ المتقدمة جميعها تردت في أصولها إلى النصوص التي تضمنها دستور ١٩٥٨، وإلى إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦.

وفيما وراء هذه النصوص، واستقلالاً عنها، يقرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن من بين معايير وأدواته في مجال الرقابة على الدستورية، مبادئ ذات قيمة دستورية بالنظر إلى غاياتها Objectives de valeurs constitutionnelle كاحترام حقوق الآخرين وكصون النظام العام أو على ضوء مقتضياتها Exigence constitutionnelle، كالححد من تركيز الصحافة في يد واحدة بقصد ضمان التعددية، وكحق المتضررين من ظروفهم الخاصة، في الحصول على مكان يأويهم.

(1) C.C. 30 decembre 1981, R.p. 41.

(2) C.C. 9 Janvier 1980, R.p. 29.

(3) C.C. 28 mai 1983, R.p. 41.

(4) C.C. 15 Janvier 1975, R.p. 19.

(5) C.C. 23 novembre 1977, R.p. 42.

(6) C.C. 30 decembre 1975, R.p. 26.

(7) C.C. 30 decembre 1976, R.p. 15.

(8) C.C. 25 Juilliet 1989, R.p. 59.

(9) C.C. 27 Juilliet 1982, R.p. 48.

(10) C.C. 90-274 D.C., 22 Mai 1990, R.p. 61

٦٤- تلك هي رزمة الدستورية التي يحتكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي في مجال تقييم دستورية القوانين، وهي بتوعها تطرق أبوابا عريضة في لتساعها، تتقذ من خلالها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لتقييم النصوص المطعون عليها من جهة صحتها أو بطلانها.

فلا تكون أبعاد هذه الرقابة منحصرة في حدود ضيقة، ولا قاصرة عن مواجهة مسائل دستورية معقدة عناصرها، أو مختلفة مضامينها؛ ولا عاجزة عن الفصل في دستورية نصوص قانونية تتعدد صور العوار التي خالطتها.

وإنما تحيط هذه الرقابة بالمسائل الدستورية في أعرق مشكلاتها، فلا تنحصر آفاقها، وإن تعين ملاحظة ما يأتي:

أولاً: أنه فيما وراء نصوص الدستور، والنصوص التي يحيل إليها، فإن أدوات الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي، تظل بيده، يشكلها وفق اجتهاده، فلا تكون أسسها ثابتة مفاهيمها، ولا طرائقها محددة ملامحها سلفا.

ثانياً: أن القوانين العضوية Les lois Organiques لا تدخل في نطاق رزمة الدستورية بالرغم من أهمية موضوعاتها، وخضوعها في مجال إعدادها وإقرارها لتنظيم إجرائي خاص بها، واستقرار قواعدها وثباتها في علاقتها بالقوانين العادية.

ثالثاً: ولا تدخل في رزمة الدستورية كذلك أية معاهدة أو اتفاقية دولية تكون الدولة طرفاً فيها، ولو كان لها طبيعة إنسانية، بالرغم من علو المعاهدة أو الاتفاقية الدولية على القوانين العادية، فلا يجوز لهذه القوانين أن تعارضها.

## الفصل الثاني

### الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور

٦٥- للرقابة القضائية على دستورية القوانين جزاؤها ممثلاً في إبطال الجهة التي تبأشرها، مظاهر خروج السلطة على الدستور أو إخلالها بالقيم التي يحتضنها.

وتوفق هذه الرقابة بين القيم المتنازعة، والمصالح المتضاربة من خلال أحكام قضائية لا تتناول الدستور باعتباره مجرد وثيقة قانونية، ولكنها تتعامل مع نصوصه بوصفها خليطاً من السياسية والقانون، وتنقلها من مفاهيمها النظرية، إلى حقائق واقعية تنتفعها الجماعة وتعيشها، وتوفق أوضاعها معها، خاصة وأن نصوص الدستور لا يجوز النظر إليها دون فهم للحياة السياسية التي توجهها، وتشكل ملامحها مراكز القوة المحيطة بها.

وإذا جاز القول بأن القضاء الذين يباشرون رقابتهم على النصوص القانونية، يخلطون فيما بينهم في المثل التي يؤمنون بها، والأيدولوجية التي ينحازون إليها، وكذلك في أوساطهم الاجتماعية، وتتوغل ثقافتهم؛ إلا أن أحكامهم هي نتاج قراراتهم التي يتخذونها بصورة جماعية قدر الإمكان، أو يوافقون فيها قدر استطاعتهم، بين آراء بصيرة بواقعها الاجتماعي.

وهم كذلك ينظرون إلى نصوص الدستور بافتراض تماسكها وتلاحمها في إطار وحدة عضوية لا انفصام لها، يرتبط فيها كل نص بعلاقة ما، مع غيره من النصوص التي لا يجوز تفسيرها بعيداً عن سياقها ومقاصدها، أو بما يناقض الحقائق التاريخية التي أنبتتها أو عاصرتها.

### أولاً: السوابق القضائية وتطوير الدستور

٦٦- وبظل تطوير القضاء للدستور ضرورة وقيمة عليا، حتى في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية.

ذلك أنه وإن صح القول بأن السوابق القضائية قد تنوع في بعض تطبيقاتها تطوير قواعد الدستور؛ وأن بقاءها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه تعيق الأشرار التي قارنتها؛ وكان ذلك يعتبر مدافعاً رجعياً للسوابق القضائية التي تفرض نفسها على حقائق الحياة بما يحول دون تغيير مضمونها؛ وإغنااتاً بتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صاغوا لهذه السوابق قوالها؛ واستصحاباً لآراء سابقة

أصر على تطبيقها قضاءً في أجيال لاحقة؛ ونكولا عن إعمال حكم العقل في مسائل دستورية بطبيعتها لا يجوز أن تحول السوابق القضائية بضغوطها دون إعادة النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولاً من القضاة الذين تبنيوها لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد مغلقة، وإلى الحق موصداً، مع تراضيه على الإذعان لأصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها، ولو كان يوسعهم أن يصدوها عن آذانهم؛ وإنكاراً لأصل لا نزاع فيه، هو أن ما كان صائفاً في زمن معين، قد يكون ثراثاً شائفاً في فترة تالية؛ وكان ثابتاً كذلك أن المسائل الدستورية ترتبط بوقائعها وبزمنها، وبما هو قائم من ظروفها عند الفصل فيها؛ وأنه حتى في مجال عمل السلطة التشريعية، فإن البدائل التي تختارها اليوم، قد تتحول عنها في الغد إذا كان العدول عنها، أكثر منطقية، وأدعى لضمان الحقوق التي تنظمها؛ إلا أن كل اعتراض على نظام السوابق القضائية، يتعين أن ينحصر في التطبيق الآلي للسابقة القضائية.

وفيما وراء هذا التطبيق، يظل تعديل السوابق القضائية وتطويرها عملاً قضائياً تبذل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية كل جهد، وعلى الأخص كلما استطال الزمن بين صدور السابقة القضائية من جهة، وتصحيحها من جهة ثانية بعد انهيار دعائهما- سواء في الأصول التي تقوم عليها، أو في مناسبتها لأوضاع جديدة لا يجوز إغفالها، كيلا تظل السوابق القديمة على حالها، ولو كان خطأها فادحاً، أو تزميتها معبراً عن نظرة ضيقة لا تقيمتها، أو نقضتها قيم جديدة تحتم العدول عنها.

ويتعين دوماً تأكيد أن القضاء في كل بلد، يخطئون ويصيبون من خلال أحكامهم التي لا تلبس في واقع الأمر غير خبراتهم الاجتماعية التي لا تصنق نتائجها دوماً، وإن ظل تصحيحها وتقويم اعوجاجها، واجباً لا يجوز التغريط فيه<sup>(١)</sup>.

(١) ففي عام ١٨٩٦ أيدت المحكمة العليا الأمريكية للولايات المتحدة فصل السود عن البيض في المدارس العامة وذلك في قضية Plessy V. Ferguson 16 U.S. 537 (1896)، مقرر أن هذا الفصل لا يتضمن تمييزاً يخل بتساويهم مع أبناء وطنهم في الحقوق. بيد أن هذا المفهوم انقلب من التقيض إلى التقيض وذلك في قضية Brown V. Board of Education, 349 U.S.294 (1955)، حيث قررت هذه المحكمة أن هذا الفصل في ذاته -حتى مع توافر الوسائل التعليمية عنها- يعد منافية لأمية السود، منهايا آمالهم في حياة يكونون فيها أكثر تقبلاً بأنفسهم وانتماء إلى وطنهم، لأنه يشعرهم بأنهم لا يتساوون مع أبناء وطنهم الذين لا يختلفون عنهم إلا في لونهم، وأنهم بالتالي أقل منهم شأنًا، وأدنى قدرًا.

فضلا عن أنهم في الأعم، يطورون نصوص الدستور بما يجعلها أكثر تناعما مع روح العصر. ولولا تدخلهم لظل الدستور وثيقة عاجزة عن مواجهة آمال مواطنيها، قاصرة عن أن تحقق طموحاتهم، ضامرة شرايينها، فلا تنقق إليها دماء جديدة *Lui donner vie, la faire évoluer*. تفرضها رياح التغيير بما يحبط دورها الفاعل في تشكيل مجتمعها، بل تبقى قابعة في مكانها الأول، عvisة عن أن تتحول إلى حقيقة حية *A living reality*، تؤسسها وتوحدّها القيم المتواصلة في عطائها، والتي لا يجوز أن تتعزل السوابق القضائية عنها، وإلا باعدت بينها وبين مواطنيها، بما يجعل التفاهم حولها مظهرًا أو عقيما.

### ثانيا: تطوير نصوص الدستور فيما وراء السوابق القضائية

٦٧- على أن بعض الفقهاء يرون أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي في مضمونها وأبعادها من عمل قضاة لا يلتزمون في شأنها بغير خياراتهم الشخصية التي تتحكم فيها أولوياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذلك توجهاتهم الايدولوجية. فلا يكون موقفهم من نصوص الدستور، إلا تعبيرًا عن آراء آمنوا بها، جاهدين من خلالها أن يحدثوا شكلا جديداً لأحكامه. يعيدون به بناءها من خلال آفاق يطرحونها، مع ادعائهم بأن إدراكها عند إقرار الدستور، كان خافيا على آباءه.

وهم بذلك يهيمنون على نصوص الدستور بما يخرجها عن مقاصدها، وكان كلا منهم صانعها، ولو أقام هيكلها من جديد على أنقاض ثوابتها.

ولا يعدو تطوير الدستور على هذا النحو، إلا أن يكون دعوة مفتوحة لهم قاعدة القانون ذاتها من خلال تحريفها، بما ينافي التزامهم الأصل بتطبيقها، وعلى الأخص لأن القيم التي يحتضنها الدستور، ليس لها من ثباتها وموضوعيتها، ما يقيّمها وعاء للشرعية الدستورية. بل إن غموضها وتوسعها يجعلها أحيانا عبئا عليها.

كذلك، فإن ما يقول به المؤيدون لضرورة الفصل في دستورية النصوص القانونية، على ضوء معايير تلوها من بينها <<ما يكون لائقا ومنصفا في مفاهيم الأمم المتحدة>> أو <<متصلا برابطة ونقى بالقيم العليا للدول في مجموعها>> أو <<مبصرا حقائق تاريخية أو ضوابط خلقية لا يجوز تجاهلها في مجال تقييم النصوص القانونية المطعون عليها>> أو <<موافقا حقائق يمايها الضمير

الجمعى، أو معان غائرة فى أعماق تقاليد مجتمعتها، فلا تصادمها>> مؤداه أن هذه المعايير هى من خلقهم، وأنها تتلون بميولهم فى منطقة الرقابة على الشرعية الدستورية، وهى منطقة التصادم المحتمل بين جهة الرقابة على دستورية القوانين من جهة، والسلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة أخرى.

### ثالثاً: ضرورة تطوير الدستور حقيقة قائمة

٦٨- بيد أن الذين يعارضون تطوير الدستور، فاتهم أن أحكامه مهياة بالضرورة لأن يمتد تطبيقها إلى أجيال متتابعة، وعبر أزمان مختلفة، تتغير خلالها الأحداث والأوضاع التى تعاصرها.

فإذا لم نعرها التفاتاً جهة الرقابة القضائية على الدستورية، كان قضاؤها خطرة متعشرة فى طرق وعرة، لا يصل منتهاها إلى الأفاق الجديدة التى تعاشها الجماعة، والتى يتعين توفيق نصوص الدستور معها، وعلى الأخص لأن تفسير هذه النصوص لا يجوز أن ينزلق إلى أغوار سياسية لها نقائصها وأوزارها التى ينبغى تجنبها.

يؤيد ذلك أن الأصل فى قضاء جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هو ميلهم إلى الحق وإيمانهم بأن تطبيق حكم القانون، على ضوء نظرة منطوية، ليس تشبهاً من جانبهم، وأن تقييم النصوص القانونية المطعون عليها، لا يجوز أن يقتصر على رصد مثالبها، بل عليهم أن يوجهوا السلطة التشريعية إلى أخطائها، وإلى ما ينبغى عليها أن تتخذ من التدابير لتوفيق تشريعاتها مع الأوضاع التى تعاصرها، ووفق القيم المتطورة للدستور<sup>(١)</sup>، وبمراعاة أن مفاهيم الحق والعدل مع تواجدها، لا يزال تطبيقها لازماً وفق معايير بيئتها تصحيحاً لأوضاع خاطئة لا يجوز تجاهلها<sup>(٢)</sup>.

هذا فضلاً عن أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن تقيدت بعناصر النزاع التى تنظرها، إلا أن عليها أن تحيط بالنصوص المطعون عليها من منظور يسعى فى كثير من تطبيقاتها *Une large perspective*.

وما نظر الذين صاغوا الدستور، إلى النصوص التى تضمنها، باعتبارها جامدة فى معانيها وتوجهاتها؛ وأنها فى كل تطبيقاتها صورة واحدة لا تتغير؛ وأن مفاهيمها لن تبدلها حقائق علمية لا

<sup>(١)</sup> Henry Brun Guy Tremplayn , <<Droit constitutionnel>>. 2e edition, 1990 p.206.

<sup>(٢)</sup> Willson <<Decision -making in the Supreme Court>>, 1986.36.U.T.L.J.227.

يجوز إغفالها، وعلى الأخص في مجال حرمة الحياة الخاصة التي صار انتهاكها بالوسائل العلمية خطيراً وخفياً.

ولما كان إقرارهم للدستور تعبيراً من جانبهم عن خطوة محدودة الأثر، تتمثل في منحهم لتحقيق آمال ارتبطوا بها، وتوكيدهم لقيم يرون صوابها، ويتخوفون من إجهادها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضرورة تقييد السلطة وتداولها.

بيد أن نظرهم هذه للدستور، ما كان لها أن تصوغ للحياة بكل أنماطها، ومع تطور صورها، وتعدد خبراتها، وتوغل قيمها، شكلاً ثابتاً يصعبها في هياكل لا تتبدل تكون معها مقامع من حديد.

وما كان لنصوص الدستور من جهة ثانية، أن تفصل أحكامها تفصيلاً دقيقاً يحيط بكل أجزائها، وإلا كان رصد تفصيلاتها هذه في نصوص الدستور، مقتضياً توقعها ابتداءً، ومؤدياً انتهاءً إلى انزلاق هذه النصوص إلى أخطاء كان ينبغي تجنبها؛ وإلى تماحيها أحياناً فيما تتعارض فيه. وهو ما ينافض ما تتوخاه الدساتير في الأعم من الأحوال، من إيجاز يحيط بالعريض من المسائل التي تنظمها، وإجمال لا يفوس في تفصيلاتها، كي تظل صامدة -من خلال مرونة تطبيقها- عبر أجيال عديدة تتوغل اهتماماتها واحتياجاتها، وتتباين مقاييسها فيما تراه ملائماً لبناء مجتمعها.

كذلك فإن غموض نصوص الدستور في بعض جوانبها، لا يحول دون تطويرها، ذلك أن إنبهاها يجعلها أدنى إلى التفسير المرن، من نصوصه القاطعة في ألفاظها ومقاصدها.

ولا جرم في أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تنتزع القيم التي ترجحها عند الفصل في المسائل الدستورية. ولكنها تبصرها وترجحها لأن مجتمعها يقضيها، ولو استبطنتها أحياناً من التنظيم المقارن، إذا كان شيوعها بين الأمم المتحضرة دالاً على حيويتها وإيمانياتها، ودورها المتعاظم في بناء الشخصية المتكاملة، وصون الحرية المنظمة.

هذا فضلاً عن أن معايير هذه القيم، تؤكد مرونتها وإمكان تطبيقها على نحو يوازن بين ما تراه الجماعة ضرورياً لضمان استقرار نظمها من جهة؛ وما يرتبط بتحقيق توقعاتها وإثرائها من ناحية ثانية.



ولا ينال من مشروعية الرقابة القضائية على الدستورية، وضرورة تطوير ملامحها، أن تركز الجهة التي تباشر هذه الرقابة، إلى مقاييس العقل الجمعي التي تحدد للجماعة من جهة ضوابط سلوكها؛ ولا تعارض طبيعتها- مفاهيم الحرية المنظمة التي تمثل من النظم السياسية قاعدتها من جهة ثانية.

كذلك فإن اعتماد الرقابة القضائية على الدستورية -فى بعض أحكامها- على الحقائق التاريخية، لا يعيبها. ذلك أن هذه الحقائق إما أن تكون جذورا لنصوص فى الدستور؛ وإما أن تكون من إرهاباتها. وهى فى الحالتين متصلة بهذه النصوص، سواء عند صياغتها، أو الإحياء بها.

والقول بأن لكل جماعة احتياجاتها المتنامية، وتطلعاتها المتجددة التى لا يتصور أن تبلغها إلا من خلال تعديل الدستور وفق القواعد الإجرائية التى ينص عليها، مردود؛ بأن تعديل الدستور عملية معقدة بطبيعتها تقوم على نوع من التوازن بين مراكز القوة السياسية والاقتصادية فى بلد ما، وضرورة النزول على الحقائق الاجتماعية التى تلابس التحديد المقترح.

ولئن صح القول بأن الجماعة قد تطور بنفسها أوضاعها، سواء من خلال تعديل الدستور، أو عن طريق دمج أعرافها الجديدة فى نظمها القائمة؛ إلا أن عملية التطوير هذه، تكون دائما وثيدة فى خطاها، وقاصرة كذلك عن مواجهة احتياجاتها بصورة متتابعة، لتظل الجهة الأفضل فى تطوير الدستور، هى جهة الرقابة على التشريعية الدستورية، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تقدم من خلال الخصومة القضائية، حلا لآنية لأوضاع معيبة طال زمنها، فلا تكون هذه الحلول إلا تصحيحا لها، وإنهاء للآثار القانونية المترتبة عليها.

ثانيهما: أن القضاة الذين يباشرون هذه الرقابة، يلزمون أنفسهم بالحدود المنطقية التى تكل على تحوطهم، فلا يندفعون فى مباشرة ولايتهم بما يجاوز حدود الاعتدال. وإنما يقيّدونها بأنفسهم تقييدا ذاتيا Judicial Self- Restraint. وكثيرا ما يثبتون فى أحكامهم ما يعتبر تراثا حضاريا لأمتهم، مرتقيا بمكانتها.

كذلك فإن تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيراً ديناميكياً، بمنحها معان جديدة غير التى كانت عليها صورتها ابتداء، بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توفيقها مع الأوضاع

الاجتماعية والاقتصادية والعلمية القائمة في الدول المحيطة بها، فلا يكون تقريبها لنصوص الدستور من هذه الأوضاع، إلا تعبيراً عن وجهها الصحيح Son vrai visage.

وكثيراً ما تكون قوة الدول الفيدرالية، عائدة إلى قضاء عظام أدركوا بفطنتهم وعمق ثقافتهم؛ أن تماسكها، وتحقيق التوازن بين وحداتها الإقليمية بما يكفل ترابطها؛ وانصهار مواطنيها في إطار كيان بجمعهم ولا يفرقهم، مشروط بأن يظل دستور الاتحاد صامداً وحيّاً لأزمان مترامية. فلا يكون تطبيقه عينا على وحداتها الإقليمية؛ ولا مقلصاً من اختصاصاتها بصورة تدريجية ومطردة، ولا عابثاً بذاتية كيانها؛ ولا مضيقاً عليها فيما يدخل في ولايتها، ولا محيطاً باستقلالها بما يضعفها، وإلا صار خروجها من الاتحاد حلاً وحيداً لمشكلاتها.

وقد تكون جهة الرقابة على الدستورية مواجهة بأوضاع قومية طارئة لا نزاع فسي حنقها. وعليها عندئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها أخذه في اعتبارها ملامحها السياسية الضاغطة، وبمراعاة أن سلطتها في مجال تطبيقها لنصوص الدستور، أعرق في محتواها، وأبعد في اتعاعها، من سلطتها في مجال تطبيق غير الدستور من فروع القانون، وعلى الأخص إذا كان أمر الرقابة على الشرعية الدستورية مركزاً فيها، تقبض دون غيرها، وببدها، على ضوابطها، وتقرر بنفسها مناهجها وأدواتها، فلا تظهر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية إلا بوصفها سلطة تأسيسية دائمة Une constituante permanente<sup>(١)</sup> تعطى الدستور باطراد، معاني جديدة بتغير بها عن الصورة الأصلية التي أفرغ فيها<sup>(٢)</sup>. وبما يجعلها حكماً أعلى Arbitre Supreme في مجال تفسير نصوصه<sup>(٣)</sup>.

Une signification nouvelle que peut changer la portée originaire du texte constitutionnel.

(١) E.S. Corwin, The constitution, and what it means today, Princeton University Press, 1978, p.5.

(٢) P.Gerin-Lajoie "Du pouvoir d'amendement constitutionnel du Canada", 29 R. du B.can.p.1136.

(٣) حلت المحكمة العليا الكندية -وفي إطار ولايتها الاستثنائية- محل اللجنة القضائية للمجلس الخاص، وصارت حكماً نهائياً في مجال تفسير الدستور.

ولئن كان الدستور يتطور من خلال تعديل أحكامه، وكذلك عن طريق العمل، وبوئلاق إعلان الحقوق؛ وبما يقرره المواطنون في مؤتمراتهم الدستورية؛ إلا أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هي التي تغير بصورة رئيسية - عن طريق أحكامها - ملامح الدستور، فلا تحفظ في مجال تفسيرها لقواعده، بل تعيد بناءها بقدر الضرورة التي تواجهها، وبما يصون للدولة وحدتها وتكامل إقليمها.

وقد لاحظ القاضي وارن Warren رئيس المحكمة العليا الأمريكية، أن تاريخ بلده لم يخطه فقط ميلدين القتال، ولا القوانين الفيدرالية التي أقرها الكونجرس، ولا الجهود التي بذلها رؤساء الجمهورية المتعاقبين، وإنما دونه كذلك - وإلى حد كبير - قضاء المحكمة العليا الذين صاغوا بأحكامهم منهجا فريداً لتقدمها<sup>(١)</sup>.

وما يصدق على المحكمة العليا، يصدق كذلك - وبالقوة ذاتها - على المحكمة الدستورية العليا في مصر، التي تقرر في أحكامها أن نصوص الدستور لا يجوز أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ؛ ولا التعامل مع القيم التي تحتضنها باعتبارها غير مرتبطة بواقعها الاجتماعي.

ولما يتبين دوماً أن تحمل مقاصدها على ضوء أغراضها النهائية؛ وبمراعاة أن الدستور وثيقة لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية؛ وأنها في حقيقتها لا تصد عن مجتمعها الأفاق الرجبة التي يقتضيها تطويرة.

ولا يجوز بالتالي أن تفسر نصوص الدستور باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية عفا الزمن عليها.

فلا يكون تثبيتها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية سكوت لبصارها، إلا حرثاً في البحر، وإغفالاً لحقيقة أن نصوص الدستور لا يجوز عزلها عما يفترض فيها من اتساق مع الأوضاع المعاصرة لتطبيقها، وبما يوفق بين مضمونها، والأفاق الجديدة التي ينبثق أن تبليغها<sup>(٢)</sup>.

(١) A. Tunc et S. Tunc, le système constitutionnel des Etats - Unies d'Amérique, Tome 2, Paris 1954, p. 483.

(٢) راجع في ذلك 'دستورية عليا' - القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٤/١/١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - س ٨٩ المجلد الأول من الجزء الخامس، والقضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة أول فبراير ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٦/٢٣ - س ٢٤٩ من الجزء الثامن.

### الفصل الثالث

#### بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها

٦٩- على أن تطوير نصوص الدستور من خلال مواءمة النظر في معانيها على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تقارن تطبيقها، لا يجوز أن يختلط بالأحوال التي تتخلل فيها هذه النصوص -وبالنظر إلى اكتنائها بأصول موضوعاتها أو كلياتها دون الإغراق في تفصيلاتها- عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها. فلا يكون إغفالها لهذا التنظيم، غير فراغ يحيطها، مقتضيا بيان حكمها باعتبارها مسائل مسكونة عنها.

ومواجهة هذا الفراغ، هي الصورة الثانية التي يتخذ فيها تطوير الدستور شكلا مغايرا. ذلك أن هذا التطوير؛ إما أن يتعلق بنصوص دستورية قائمة، مستهدفا تزيينها إلى حقائق العصر التي تعاشها [وقد سبق بيان هذه الصورة وإيضاح حكمها]؛ وإما أن يتعلق بتطوير الدستور بمنطقة خلا من تنظيمها. وهذه هي الصورة الثانية التي نعرض لها الآن، وهي بعد صورة عريضة في اتساعها، بالنظر إلى الفروض التي تشملها، وأهمها:

أ- أن أصول المسائل التي ينظمها الدستور، تمتد لفروعها وتوسعها كذلك. فلا يجوز فصل الأصول عما يتصل بها من الفروع. فإذا أغفل الدستور بيان حكم هذه الفروع، تعين الرجوع إلى الأصل الذي يحكمها ليفي عليها ليس فقط بالضمانة الدستورية المقررة للأصل، وإنما كذلك ليسغ على فروعها جميعها، معانيها على تقدير أن هذه الفروع اشتقاق من أصلها، وأن الأصل هو الذي أنتجها.

ب- أن فروع بعض المسائل التي يتضمنها الدستور، لا يجوز فهمها بعيداً عن أصلها. ويتعين بالتالي ربط الفروع بأصولها حتى تستقيم معانيها وتحدد الفكرة الكلية التي تجمعها.

ج- أن بعض قواعد الدستور، قد تكون واثية بحقوق غير التي كتبتها، فلا تكون هذه الحقوق الجديدة إلا من فيضها. وفي ذلك تطوير للدستور من خلال اتساع الدائرة التي ينمط عليها.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

### المبحث الأول

#### أصل تركز إليه الفروع التي يجمعها

٧٠- قد لا ينظم الدستور فروع بعض المسائل الدستورية، مكتفياً ببيان أصل القاعدة التي تجمعها.

ولأن ما يعتبر أصلاً، يمثل من الفروع التي ينتجها، القاعدة الكلية التي تحيط بها فإن تخريج الفروع على هذا الأصل، يردها إلى إطاره. فلا تحظى هذه الفروع بأقل من الحماية ذاتها التي يقرها الدستور لأصلها، ولا تعزل معانيها عن الأصل الجامع لها.

أ. فالحرية الشخصية التي كفلها الدستور ليس لها من نفسها، ما يعصمها من تنظيمها، تقديرًا بأنها تتعرض من خلال انسياقها دون عائق، وأن القول بامتناع بعبدها، مؤداه تمردها على الحدود المنطقية لممارستها، وهو ما ترفضه المحكمة الدستورية العليا فيما قرره من أن ضمان الحرية، لا يعني غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك إن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة Arbitrary Restraints، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(١)</sup>.

بيد أن هذه الحرية المعتبرة بنص الدستور من الحقوق الطبيعية، هي التي تنفرع عنها حرية التعاقد وتدخل ضمن مشمولاتها، وإليها تمتد ضماناتها. ذلك أن نطاق الحرية الشخصية لا يقتصر على ضرورة تأمينها ضد صور العدوان على البدن التي تتعدّد أشكالها، وإنما تتدرج تحتها إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل فرد على صعيد العقود التي يدخل فيها، أو كما كان موضوعها<sup>(٢)</sup>.

ب. ولأن الحرية الشخصية هي التي تحرك الحياة بكل مناحيها وطرانقها، فقد غدا منطقياً أن تركز إليها كل الحقوق التي لا تكتمل هذه الحرية في غيابها، ومن بينها حق الشخص في أن يتخذ

(١) "دستورية عليا" للضحية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "الضحية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٧٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ولذا، إذ هو فرع من الحق في تكوين أسرة يظلمها الدين والأخلاق، بما يرقى لهذه الأسرة طابعها الأصلي.

كذلك فإن الدخول في أسرة ما، يفترض اختيار من ينضمون إليها وينصهرون فيها، متخذين منها محورا لحياتهم، وإطاراً لأعمق خواصها، وما ينبغي أن يسودها من مظاهر المودة والرحمة<sup>(١)</sup>.

ومن ثم كان مدخلها، الحق في اختيار الزوج بإرادة حرة واعية، باعتباره الطريق إلى تكوينها. ولا يجوز بالتالي للتدخل التشريعي في إطار العلائق الزوجية للحد من فرص الاختيار التي تنشأها، ما لم يكن ذلك لمصلحة جوهرية لها ما يظاهرها<sup>(٢)</sup>.

جـ. كذلك فإن الحق في تكوين أسرة ترعى قيمها وطابعها الأصلي، لا ينفصل عن ضرورة صونها >>على امتداد مراحل بقائها، بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر في ترابطها أو يؤدي إلى تشتتها، وتمزيق لوصالها>>.

وعن هذا الأصل، يتفرع حق كل من الزوجين في الحصول على إجازة من عمله، كي يرافق الزوج الآخر الذي أنن له بالسفر إلى الخارج، وطوال المدة التي يقضيها بعيداً عن بلده<sup>(٣)</sup>.

د. وامتناع مجاوزة العقوبة لموازين اعتدالها، سواء من خلال قسوتها أو امتهانتها فيما اجتماعية ثابتة، أو عن طريق توقيعها أكثر من مرة في شأن الأفعال عينها، وكذلك حظر إيذاء الشخص مدينياً أو معنوياً، أو تعذيبه بأية صورة، أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر، جميعها

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن إرادة الاختيار ينبغي قصر مجال عملها على ما يكون مرتبطاً بذاتية الإنسان في دائرة تبرز معها ملامح حياته وقراراته الشخصية في أدق توجهاتها -القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "تسوية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) ومن بين هذه المصالح الجوهرية، مراعاة التكافل الاجتماعي بين الزوجين، وضرورة توثيق عقد الزواج لترتيب آثاره. أنظر في العلاقة بين الحرية الشخصية وحق اختيار الزوج، قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "تسوية" جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٨ ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "تسوية" جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ ص ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع. ولا يجوز بالتالي فرض قيود رمنية على المدة التي يرافق خلالها أحد الزوجين الآخر طول مدة وجود الزوج الآخر في الخارج. [أنظر في ذلك القضية رقم ٧٧ لسنة ٢٣ قضائية "تسوية" المحكوم فيها بـ ١١/٥/٢٠٠٣، وهو حكم لم يشر به].

فروع الحرية الشخصية التي لا يجوز أن تنال منها صور من الحيوان على البدن لا مبرر لها؛ ولا تقيدها بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع<sup>(١)</sup>.

هـ. والنص في الدستور على أن الجريمة وعقوبتها لا يجوز إحدائهما إلا بناء على قانون، إنما يتوخى ضمان مشروعيتها، فلا يؤخذ أحد بجريمة كان غير مندر بتجنبيها، ولا بأفعال كان إتيانها سابقاً على تأميمها.

بيد أن الحرية الشخصية، وإن لُحِلَ بها القانون الجنائي الأسوأ وقعا على المتهم، فلا يكون هذا القانون رجعيًا؛ إلا أن هذا القانون يعمل به منذ صدوره كلما كان نالًا لوقوع الجريمة، وكان أرفق بالمتهم من خلال العقوبة التي فرضها، سواء بالنظر إلى محتواها أو أوصافها أو مبلغها *de peins Le contenu, les modalités et le quantum* بما يبعثها لئلا بأساً في مجال مقارنتها بقانون قائم سابق عليها، وعلى تقدير أن وزن العقوبة إنما يتحدد على ضوء أثرها على مركز المتهم عند تطبيقها عليه.

ونلك هي قاعدة القانون الأصلح للمتهم التي لا تعتبر استثناء من قاعدة حظر رجعية القوانين الجنائية، ولكنها تحازيها وتوازنها. وكلتاها فرع من الحرية الشخصية.

ذلك أن المفاضلة بين القوانين الجنائية الموضوعية *De fond* التي نقارنها ببعضها لتحديد أصلحها للمتهم -وبافتراض اتساقها جميعاً مع الدستور، وتزاحمها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها في عقوباتها- لا تتم إلا على ضوء ما يكون منها أصون للحرية الشخصية وأحفظ لجوهرها. فلا نعتد إلا بما يكون من بينها كافلاً لإنهاء القيود عليها أو تخفيفها.

بما مؤداه ضرورة تطبيق قاعدة القانون الأصلح -ولو خلا قانون العقوبات منها- بوصفها ضماناً دستوريًا لا يجوز التفريط بها، وهي بعد من نوع الضمانة التي كفلها الدستور للحرية الشخصية<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/١/١٤ مجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧- د ٤١١ وما بعده -م.

و- كذلك فإن حق الأشخاص جميعهم -سواء بأنفسهم أو عن طريق أولياتهم أو أوصياتهم- فى اختيار نوع وقدر التعليم، الأكثر اتفاقاً مع ميولهم، واقتراباً من مداركهم وملكاتهم، فرع من الحق فى التعليم، وهو حق كفله الدستور أصله، باعتباره نبض الحياة وقوامها على ما قرره المحكمة الدستورية العليا فى عديد من أحكامها (١).

ز- والحق فى اللغز إلى المعاهد التعليمية، بمراعاة الشروط الموضوعية للقبول بسها، يعتبر مشتملاً بالضرورة على حق الانتفاع بمرافقها وتسهيلاتنا وخدماتنا بقدر اتصالها بالعملية التعليمية ذاتها، وضمننا تكامل عناصرها.

ذلك أن الاعتبار الأظهر فى المعاهد التعليمية، وإن كان عائداً أصلاً إلى خصائص مناهجها أو مستوياتها، وكفاءة الهيئة التى تقوم بتدريسها، وقدرتها على التأثير فى طلبتها وجذبهم إليها؛ إلا أن الانتفاع بمرافق هذه المعاهد وخدماتنا وتسهيلاتنا، لا يقل شأناً عن دور مناهجها وطرق تدريسها فى النهوض برسالتها، واستثارة اهتمام طلبتها ووعيم.

ولا يعدو هذا الانتفاع بالتالى، أن يكون ضرورة يقتضيها الحق فى التعليم، وتتطلبها الشروط التى يكون التعليم فى كنفها أكثر ثراءً وحيوية (٢).

ح- وحق العامل فى الانضمام إلى المنظمة النقابية التى يطمئن إليها؛ واختيار واحدة أو أكثر من بينها حال تعددها ليكون عضواً فيها؛ وإعراضه عنها جميعها، فلا يلجأ أى من أبوابها؛ فضلاً عن الحق فى إنهاء عضويته فى نقابة مقيد بها؛ جميعها فرع من الحرية النقابية التى أرسنها النظم الديمقراطية فى اتجاهها إلى تعميق قاعدتها.

ذلك إن الديمقراطية النقابية التى كفها، وأقام صرحها نص المادة ٥٦ من الدستور، هى التى تطرح بمقاييسها ووسائلها وتوجهاتها، نطاقاً للحماية يكفل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية، ويبلور إرادتها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود؛ ولأنها تعتبر مفترضا أولياً لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحى نشاطها؛ وبها يكون العمل النقابى إسهاماً جماعياً لا يتمحض عن انتقاء حلول بذاتها

( ) الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٩/٢- ص ١٩٤ وما بعدها من  
المرء السابع.

(٢) الحكم السابق.



تستغل بتقديرها، وتعمل من أجل فرضها أكلية ليا كان صخبها أو عدوانيتها، فلا تكون وصايتها على خصومها أمراً مقبولاً<sup>(١)</sup>.

ط. وضمان الدستور بنص المادة ٤٧، لحرية التعبير عن الآراء، والتمكين من تلقيها وعرضها ونشرها، سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها وتكوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها.

وبدونها تفقد حرية الاجتماع مظاهرها وصور وجودها؛ وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتسهبون موقفاً، ولا يترددون وجلاً، ولا يعتصمون بخير الحق طريقاً.

وعنها يتفرع الحق في لفتح قنواتها عبر الحدود الإقليمية للدول على اختلافها؛ وكذلك الحق في ألا يكون الحوار إصماتاً مفروضا بقوة القانون؛ وألا يكون التزاحم على مقاعد المجلس النيابية واقعا في دائرة محدودة آفاقها، تتصاعل معها فرص الاختيار بين المرشحين؛ وألا يكون الحق في انتقاد القائمين بالعمل العام محاطاً بأغلال غاباتها إخفاء أخطائهم أو طمسها ومد الطريق إلى تعريضها.

بل إن حرية التعبير يقوضها أن ينغلق الطريق إلى الإبداع في العلوم والفنون. فلا تفتح أبوابها على مصارعها<sup>(٢)</sup>.

ي- كذلك فإن حق المواطنين في الحصول من الدولة، على الوسائل الملائمة التي تعينهم على معاشهم *Droit à des moyens convenables d'existence*، فرع من الحق في الحياة.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤١ - ص ٦٢٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ يناير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٣٢ - ص ٤١٠ وما بعدها من الجزء السادس. ويلاحظ أن الدستور كفل بنص المادة ٤٨ منه حرية الإبداع وإجراء البحوث العلمية. ولو لم يكن الدستور قد نص عليها، لكان ضمانها مندرجا في إطار الحماية التي يكفلها الدستور لحرية التعبير.

### المبحث الثاني

#### فروع يجمعها أصل واحد

٧١- من النصوص التي يتضمنها الدستور، ما يعتبر من قبيل الفروع لأصل أغفل بيانه.

ولأن الأصول تنتج فروعها ولا تفوص فيها وتتفرع بها، فقد تعين القول بأن كل أصل هو لقاعدة الكلية لكافة فروعه، ليمتد الأصل فروعه هذه، معانيها ويحدد كذلك الإطار العام لتلك الفروع، فلا تعمل بعيدا عن أصلها لأنها من فيضه. ولا يتصور بالتالي أن تتقاضى الفروع أصلها، ولا أن تجافيه. ومن ثم كان إلحاقها بأصلها مود إلى فهمها بطريقة أفضل.

أ- فحق الفرد في أن يؤمن ضد صور الاعتقال والقبض غير المشروع، فرع من تكامل شخصيته وضمان آدميته وكرامته.

ب- وشخصية المسؤولية الجنائية التي أغفل الدستور النص عليها، أصل لنص المادة ٦٦ منه التي تقرر شخصية العقوبة. ذلك أن وطأة الجريمة لا يجوز أن يتحملها غير من ارتكبتها. فلا يؤاخذ بالجريمة غير جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها وأقدم عليها واعيا بنتائجها. فلا ترتبط شخصية العقوبة بغير من يكون قانونا مسؤولا عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلا لها، أو شريكا فيها<sup>(١)</sup>.

ج- والحق في التنقل من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز التفریط فيها. وقد كفله الله تعالى في قرآنه بقوله: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها". ويقول "هو الذي جعل لكم الأرض، بساطا لتسلكوا منها سبلا فجاجا"

وهو أصل للفروع المنصوص عليها في المادتين ٥١ و٥٠ من الدستور، اللتان تحظران حرمان المواطن من الإقامة في جهة بذاتها، أو حمله على التوطن فيها إلا في الأحوال التي يبينها القانون؛ ولا تجيز إبعاده عن بلده أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تكبيرا احترازيا لمواجهة خطورة

(١) القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها

إجرامية<sup>(١)</sup>. كذلك تحيل المادة ٥٢ من الدستور إلى القانون لتنظيم حق الهجرة إلى الخارج، سواء في ذلك ما كان من صورها دائما، أو مؤقتا.

فهذه الحقوق جميعها المنصوص عليها في المواد المشار إليها، فرع من الحق في التنقل الذي يراه كثيرون واقعا في نطاق القيم العليا للجماعة؛ متصلا بمفهوم الحرية التي لا يجوز تقييدها بفسير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع؛ وكذلك بالحق في الاجتماع لتبادل الآراء وتلقيها وبشأ؛ وبحرية الصحافة التي يتعذر عليها أن توفر لقرائها مواد محايدة حققها محرروها بغير ضمن حقهم في التنقل. وغدا هذا الحق بالتالي امتيازاً لكل مواطن في إطار النظم الديمقراطية، كإفلا تردده على كل جهة يريد التعامل معها، أو عرض شئونه عليها<sup>(٢)</sup>.

د. كذلك فإن حق المعاهد العلمية في ضمان استقلالها ماليا وإداريا، فرع من حريتها في إجراء البحوث العلمية التي يقتضيها نشاطها، فلا تنطلق أو تنقلص دائرة الإبداع في دائرتها.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٤/٣/١٩٩٢ - قاعدة رقم ٢٨ - من ٢٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) Anticau, Modern Constitutional law, volume 1, 1969, pp.256,258.

### المبحث الثالث

#### نصوص في الدستور ترشح لحقوق لا نص عليها فيه

٧٢- كثيرا ما يدل إمعان النظر في بعض الحقوق التي نص عليها الدستور، على أن غلبها، أو ما وراءها من القيم، وتتوخاه من الأغراض، متوافرة في غيرها من الحقوق التي لا نص عليها. فلا تكون الحقوق المنصوص عليها، إلا مفضية إلى حقوق جديدة لم يقررها الدستور.

وبها تمتد الدائرة التي تسعها أحكامه، فلا تنحصر في تلك التي نص صراحة عليها. وإنما تندمج فيها كذلك الحقوق التي كفلها ضمنا -تعلو جميعها على ما سواها- بما يحول دون تدخل المشرع لتحريرها.

وأية ما تقدم، أن الدستور قد يورد نصا صريحا في شأن حرمة الحياة الخاصة، وقد يتجاهلها مكتفيا بنصوص أخرى تنال عليها، من بينها حق الأفراد في الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة؛ وفي تأمين أشخاصهم ودورهم وأوراقهم ومتعلقاتهم في مواجهة القبطر والتفتيش غير المبرر؛ وكذلك حق المتهمين في ألا يكونوا شهداء على أنفسهم، توقيا لإدلائهم -جبرا عنهم- بأقوال قد تدنيهم.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها. غايتها ضمان اطمئنان أصحابها لأن تكون خواص حياتهم بعيدة عن اقتحامها بما يخل بحرماتها. شأنها في ذلك شأن اتصالاتهم البريكية والبرقية والهاتفية التي ينبغي ضمان سريتها والامتناع عن اختراقها، وعلى الأخص من خلال الوسائل العلمية الحديثة التي بلغ تطورها حدا مذهلا؛ وكان لتناميها بإمكاناتها المتطورة، أثر بعيد على الناس جميعهم حتى فسى أدق شؤونهم، بما جعل اختلاس بعض جوانبها وصولا لأغوارها، نهبا لأعينها وأذنانها<sup>(١)</sup>.

وما تنص عليه بعض الدساتير أو الوثائق من تحويل المضطهدين من أجل دفاعهم عن قضايا الحرية في بلادهم، حق اللجوء إلى دول أخرى للحصول على ملجأ فيها، يعتد وأشيا بالحق في الحرية الشخصية وبالحق في الحياة.

(١) "دستورية عليا" العvisية رقم ٢٣ لسنة ١٦ فصائية "دستورية" جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ -قاعدة رقم ٦٨/٧٠٦- ص ٥٦٧ - الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

كذلك فإن حظر الدستور لكل صور الاستغلال، يرشح لحق الفرد في ألا يكون رقيقاً؛ وألا يساق إلى أشكال الدعاية على اختلافها؛ وألا يحمل على عمل لا يرضاه ما لم يكن أدائه وفقاً للقانون، ومطلوباً لمواجهة حالة طارئة، وتكليفاً لتحقيق نفع عام، وبمقابل عادل<sup>(١)</sup>.

وحق الفرد في الوجود متناغماً مع الجماعة التي يعايشها، وبما يشد وثاقه بها، مقتضى للحق في تقرير المصير. وحق المواطنين في السيطرة على مصادر الثروة في بلدهم واستغلالها وفق نظم تكفل سعادتهم، يفصح عن الحق في تنمية هذه الموارد دون تدخل من أحد.

و ضمان نصيبهم العادل في النتائج القومية، ليس إلا إيماء وتوكيداً لحقهم في العمل، وبضرورة صون حقهم في الملكية بمراعاة وظيفتها الاجتماعية.

و حقهم في الإسهام الحر في الحياة الثقافية لبلدهم، مؤشر لحقهم في فرص التعليم وفق مداركهم. وعلى ضوء ميولهم.

و حقهم في صون كرامتهم، ينافي لامتيازاتها، وعلى الأخص من خلال إخضاعهم لعقوبة تتسم بقسوتها، أو بحطها من آدميتهم، فلا يكون فرضها عليهم حقاً، بل محظوراً.

ومساواتهم في الضريبة، إرصاص بتكافئهم في الحماية القانونية فيما سواها من الأعباء المالية.

وبناء الأسرة المصرية بمراعاة طابعها الأصيل، وعلى ضوء قيمها وتقاليدها في مجتمعها، مزد للحق في تأسيسها على الخلق والدين.

والنص في الدستور على أن تقدم الدولة خدماتها الثقافية والاجتماعية والصحية للقرية بما يكتفل بسرها وافتظامها؛ كإثبات ثبوتها كذلك لأهل كل مدينة بما لا يقل عن مستوياتها في القرية.

والحق في تلقى العلوم من أربابها، وإن بالحق في تلقينها لآخرين وتعميقها وتقييمها.

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٣ من دستور جمهورية مصر العربية.

### الفصل الرابع

#### الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها

٧٣- تنقسم الدساتير المعاصرة بتبنيها في مجمل أحكامها، قواعد تقوم على تخويل كل سبلة حقوقا صريحة أو ضمنية من جهة؛ وعلى تقيدها من خلال بيان تخومها من جهة ثانية.

بل إن موقفها من تقييد السلطة، يعتبر من أهدافها الأولية أو المبدئية التي لا تحيد عنها.

ولقد كان احتكام المواطنين إلى هذه القيود، وطلبهم فرضها على المخاطبين بها، لبناء كيان أفضل لمجتمعهم، قاطعا بعزمهم إيجاد شكل من أشكال الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية، غايتها ضمان سيادة الدستور، على تقدير أن أحكامه مجرد هياكل لنظام الحكم فيها ولحقوق الأفراد وحررياتهم، تقتصر على بيان خطوطها الرئيسية بغير خوض في تفصيلاتها Skeleton Clauses.

مما دعا جهة الرقابة على الدستورية لأن تكسى هذه النصوص لحمها، وتلقى عليها لباسها. خاصة وأن نصوص الدستور لا تعتبر نافذة بذاتها في الأعم من فضلا عن أن غموض معانيها فسي كثير من مواضعها، يقتضى تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لإيضاحها ومواجهة قصورها، مما أشاع القول بأن الدستور وإن كان نقطة البداية التي تركز عليها هذه الجهة في عملها، إلا أن اجتهاداتها هي الدستور ذاته، فلا تكون شروحها للدستور إلا محيطة بكل جوانبه، وكأنها وثيقة جديدة مضافة إليه.

وصار صحيحا ما نراه اليوم من أن جهة الرقابة للقضائية على الشرعية الدستورية، تمثل من النظم الدستورية -مع تعددها وتباين أشكالها- جوهر ملامحها.

وحتى الدساتير التي كان موقفها من هذه الرقابة مترددا، أدرجتها فسي صلبها بعد إيمانها بحيويتها، واقتبعتها بضرورتها، وتعاضد دورها في مجال ضمان تقييد السلطة بالضوابط المفروضة على نشاطها.

ولم يكن إرساء جهة الرقابة القضائية لقواعد الشرعية الدستورية، انتزاعا لاختصاص غير ثابت لها. بل جزءا من عملية تفسير الدستور وتطبيقه في نزاع مطروح عليها، ابتغاء فرض قواعد على المخاطبين بها.

ولم يعد مقبولا القول بأن الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية على الدستورية، هي صانعتها. وإنما الصحيح هو أن احتضانها لها قد تحقق بوصفها حجر الزاوية في بنية النظم الدستورية جميعها  
 .The Cornerstone of the constitutional edifice

هذا فضلا عن أن نصوص الدستور التي لا يُحْمَلُ المخاطبون بها على تنفيذها، إن تزيد عن مجرد طبول جوفاء يقرعها أصحابها في ببدأ مقفرة، فلا يسمعون أحد.

### أولاً: قانون الخصومة الدستورية

٧٤- وإذا كان قانون الخصومة الدستورية، هو الدستور؛ وكان تطبيق هذا القانون يقتضى إبطاء ما سواه من القواعد القانونية التي يتصل تطبيقها بالنزاع المعروض على الجهة القضائية، إعمالاً لمبدأ تدرج النظم القانونية في البلد الواحد؛ فقد تعين أن يكون الدستور هو القانون الأعلى، خاصة وأن أحكامه لا تحدثها إرادة تفوقية أو انتهازية تملو فوق المواطنين وتقتحمهم، ولكنهم يصوغونها بأنفسهم قاصدين بها أن تكون إطاراً لحياة الفضل في قيمها ووسائلها.

ولم يكن ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Marbury V. Madison*، من أن الدستور كقانون أساسي، لا يجوز أن تحيه قاعدة تناقض أحد أحكامه؛ وأن من اختصاص المحاكم جميعها؛ بل ومن واجبها كذلك، أن تقرر بنفسها ما هو القانون في نزاع معين<sup>(١)</sup>؛ لم يكن ما قرره من ذلك صرخة في الفضاء العريض، ولا هو ابتداء غير مسبوق، بل تؤكد لحقيقة قانونية لا نزاع فيها اقتصر دور المحكمة العليا الأمريكية على مجرد إعلانها.

وتبدو أهمية الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بصورة أكثر وضوحاً في الدول الفيدرالية التي ينظم دستورها حقوق مواطنيها وحرياتهم على امتداد ولاياتها أو مقاطعاتها أو كانتوناتها من جهة؛ ويركز كذلك على تخوم العلاقة بين الحكومة المركزية وولاياتها الإقليمية هذه.

ذلك إن تفسير جهة الرقابة القضائية لدستور الاتحاد بصورة متعقبة ومتولزة، هو الذي يحفظ للعلاقة بين الحكومة المركزية وولاياتها الإقليمية تماسكها، ويكفل ازدهارها، ويقم تعاوناً وثيقاً بينها، لا يخل بالتقيد الحاجزة لسلطة كل منها.

(١) *Marbury v. Madison*, U.S. [1 Cranch] 137 (1802).

فلا تبسط إحداها بها لانتزاع اختصاص ليس لها، بل تعمل جميعها في إطار منظومة متكاملة، لكل منها -في نطاقها- حقوقها التي تصونها جهة الرقابة القضائية، وواجباتها التي تلزمها بها، كى يظل الاتحاد صامدا عبر أعاصير التنازع والتناحر وتتقاضى المصالح، فلا يتداعى متهاويا متصدعا.

ومن المحقق كذلك، فإن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تجعل الدستور أكثر من مجرد وثيقة تبلور قيما خلقية سياسية Maximes of political morality.

ذلك إن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تفصل في كل خصومة قضائية يثار فيها مخالفة قاعدة قانونية للدستور.

وغدا صحيحا القول بأنه لا دستور بغير رقابة قضائية، ولا رقابة قضائية مجردة من سلطة إلزام المشرع بالقيود التي تضمنها الدستور.

بل إن هذه الرقابة هي الضمان الوحيد لإنفاذ هذه القيود بما يجعلها جزءا من بنية الدستور  
The Sine qua non of the constitutional structure.

### ثانيا: الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية

٧٥- وفي الدول الفيدرالية، تمتد الرقابة القضائية إلى القوانين الصادرة عن ولاياتها للفصل في تطابقها أو تعارضها مع دستور الاتحاد، على تقدير أن هذا الدستور هو القانون الأعلى في كل أجزائها<sup>(١)</sup>؛ ولأنه لا يجوز أن تنظر كل ولاية إلى نفسها بوصفها كيانا سياديا لا يتقيد بغير دستورها المحلي. بل إن هذه الرقابة هي التي تكفل سمو القوانين الاتحادية على قوانين الولاية، وعلو دستور الاتحاد على للمساتير المحلية، بما يصون وحدة الدولة ويعزز مكانتها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، لم تقبل بعض ولاياتها تدخل المحكمة العليا الفيدرالية في قراراتها من خلال مباشرتها ولاياتها الاستثنائية؛ وكان موقفها ضربة قاصمة لبنين الدستور، إلا أن المحكمة العليا الفيدرالية ألزمتها بتنفيذ أحكامها مقرر أن رقابتها على الشرعية الدستورية، تقتضيها إخضاع كل ولاية لقواعد هذه الرقابة بوصفها منقرعة بالضرورة عن واجبها في ضمان فعالية دستور الاتحاد كوثيقة مدونة توزع السلطة فيما بين الحكومة المركزية ولاياتها؛ ولأن السيادة الوطنية لا تصونها إلا المحكمة الأعلى في بلدها من خلال تغليبها لنصوص القوانين الفيدرالية على أعمال

(١) Fletcher v. Peck, Lo U.S (6 cranch) 87 (i810).



الولاية، وإلزامها الحدود التي رسمها لها دستور الاتحاد، فلا تكون تشريعاتها أو قراراتها أو أحكامها مناقضة لقوانين الولايات المتحدة ومعاهداتها ودستورها.

وفى ذلك يقول جون مارشال: "لو نظرنا إلى طبيعة الاتحاد وأغراضه، ومحصننا المبادئ العظيمة التي قام عليها بنين الدستور، فإن النتيجة التي نستخلصها والتي لا مفر من التسليم بها، هي أن المحكمة الأعلى لهذه الأمة، هي التي ينبغي أن تتخذ لها ناصية الأمر في مجال مراجعتها قضاء المحاكم المحلية فيما يمس الأمة في مجموعها(١)".

Let the nature and objects of the Union be considered, let the great principles on which the constitutional framework rests be examined, and the result must be that the Court of the nation must be given the power of revising the decisions of local tribunals on questions which affect the nation.

والقول بأن السلطة التي تمتلكها جهة الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية، والتي تُخضع بموجبها قوانين كل ولاية أو مقاطعة لرقابتها، تناهض الروح الحقيقية للاتحاد، فلا يظهر مترابطاً في أجزائه، ولا متوافقاً في اتجاهاته؛ مردود أولاً بأن الوظيفة الأساسية لجهة الرقابة، لزامها أن ترد النصوص القانونية جميعها إلى الدستور، وأن تبطل كل قانون أو قرار يخل بالحدود التي رسمها لكل ولاية أو مقاطعة.

ومردود ثانياً بأن السيادة الوطنية يستحيل ضمانها بصورة هادئة داخل الدولة الفيدرالية، إلا عن طريق تحقيق توازن في بنين الدستور بين سلطاتها المركزية والإقليمية؛ ومن خلال جهة للرقابة القضائية على الدستورية تكون حكماً بينها، ولا يكون قرارها في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، إلا قولاً فصلاً، بما يجعلها السلطة النهائية في تفسير الدستور.

٧٦- وحتى في غير الدول الفيدرالية، فإن قضاء المحاكم في الخصومة الدستورية، يحوز أصلاً قيمة أدبية كبيرة. والقيمة القانونية التي تكتسبها أحكامها، قد تسقطها السلطة التنفيذية العاتية التي أغرقتها قوتها المتزايدة بأن تحدد ناطق المعونة المالية التي تمنحها للسلطة القضائية كي تعينها على إدارة عدالة مقننة، وأن تتدخل طورا آخر في عملها إلى حد تجاهلها لقراراته. بالرغم من قيمتها المعنوية الناجمة عن دعم المواطنين لها.

ولم تسلم جهة الرقابة على الدستورية في هذه الدول من تدخل السلطة التشريعية في شئونها، سواء من خلال تحديد طرائق هذه الرقابة وإجراءاتها؛ أو عن طريق القواعد التي حددت بها لجهة الرقابة كيفية تشكيلها وقواعد تنظيمها الداخلي؛ وإن ظل مطلوبا ولازما، ألا يصل هذا التدخل في منتهاه، إلى حد اقتلاع جهة الرقابة، أو إرهابها، أو الإخلال باستقلالها وذاتية كيانها؛ أو إلى حرمان الأفراد من فرص الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور، وعلى الأخص في مجال اعتراضهم على الاحتجاز غير المشروع لأبدانهم.

### ثالثا: أهمية الرقابة على الدستورية بشكل عام

٧٧- وزاد من أهمية الرقابة على الدستورية، تحول في مفهوم الديمقراطية، لسم تعدد به ديموقراطية بالقانون La démocratie par la loi بل ديموقراطية بالدستور La démocratie par la constitution.

كذلك كان التركيز في بنيان الدستور -وحتى فترة قريبة- دائراً حول مبدأ فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض، ودون إخلال بحقوق الأفراد وحرياتهم التي كان ينظر إلى ضمانتها باعتبارها نتيجة مترتبة بالضرورة على تقييد السلطة من خلال تقاسم مظاهرها بين الأفرع التي تمارسها.

وحتى الفقهاء وإن اختلفوا حول أفضلية النظام البرلماني على الرئاسي، وما إذا كان فصل أفرع السلطة عن بعضها، ينبغي أن يتسم بالمرونة أو بالجمود، إلا أن اتفاقهم كان عريضا على مبدأ معين، هو أن الحرية تعتمد في ضمانها على الكيفية التي ينظم بها الدستور حدود مباشرة السلطة، وضوابط فصلها، في نطاق العلاقة بين الأفرع التي تباشرها.

وكان منطقاً بعد أن صار للسلطة التنفيذية بحكم أغليبيتها البرلمانية، اليد الطولى التي تسيطر بها على زمام الأمور في بلدها، أن تقوم الدساتير في العصر الحاضر على مفاهيم مغايرة قوامها أن الدستور، هو الحقوق التي يضمنها؛ وأن الوثيقة الدستورية تعنيها حقوق الأفراد أكثر من إسرافها في التركيز على ضوابط فصل السلطة والنظم التي تحكمها.

٧٨- وبدأ الدستور على ضوء هذا التغيير في المفاهيم التي يقوم عليها، ميّثاقاً يكتل الانتقال من مبدأ فصل السلطة إلى مبدأ ضمان الحقوق.

Passage de la constitution -séparation des pouvoirs, à la Constitution -garantie des droits.

وقد تحقق هذا الانتقال -الأكثر دعما للديمقراطية- من خلال جهة الرقابة على التشريعية الدستورية على الأخص، التي تكفل لحقوق الأفراد وحرياتهم تناميا متصاعدا يرتقى بنوعيتها، ويوفو لحمايتها وسائل الجراء التي تقارن أحكامها.

ولم تعد قيمة حقوق الأفراد وحرياتهم، عائدة إلى إحصائها في الدستور وعددها واحدا بعدد الآخر. بل تعلق الأمر بنوعية الضمانة التي تكفلها لها جهة الرقابة على الدستورية من خلال أدواتها ومناهجها في هذه الرقابة؛ وعن طريق تعدد المصادر التي تحتكم إليها في مجال تقرير دستورية القوانين المطعون عليها؛ وبمراعاة أن فصلها في هذه القوانين يتأثر دائما بالسياسة القضائية لهذه الجهة.

ولا شبهة في أن الفكرة التقليدية للدستور، تشتمل على حقوق الفرد وحرياته. بيد أن ما يعطى الدستور معناه ومغزاه، لا يتمثل في مجرد رصد هذه الحقوق والحريات سواء في صلبه أو في إعلان للحقوق قائم بذاته- وإنما تنفتح للدستور آفاق بعيدة في مداها، حين تصوغ جهة الرقابة على الدستورية معاني جديدة للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وتبلور مبادئ أكثر رحابة وأقل في ضمانتها.

ومن ثم تمتد حقوق الفرد وحرياته عرضا وعمقا، فلا تنحصر في القائمة المطلقة التي بينها الدستور من خلال إحصائها وعددها<sup>(١)</sup>، وهي قائمة كان احترامها في الماضي معلقا على نقطة المواطنين بكل طوائفهم، وارتبط تنفيذها كذلك بالأدوار السياسية التي تلعبها مراكز القوة في بلد ما.

ولم يعد صحيحا القول بأن السلطة التشريعية إقرار القوانين وإلغائها وفق لإرادتها وبالكيفية التي تراها. بل صار من المحقق تعليق سلطتها في إقرار قانون ما، على شرط عدم إخلال هذا القانون بآلية ضمانته من طبيعة دستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) حق الفرد في اختيار زوجته غير منصوص عليه في الدستور، ومع ذلك كفلته المحكمة الدستورية العليا لأعضائه مجلس الدولة الذين يربطون الزواج بالجنسية إستورية عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ -القاعدة رقم ٣٨- ص ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 84-185 D.C., 18 janvier 1985, R.p.36; C.C. 89-259 D.C., 26 juillet 1989, R.p., 66: C.C.91-296 D.C., 29 juillet 1991, R.p.102; C.C. 90-281 D.C.,december 1990, R.p.91

٧٩- والذين آمنوا بالرقابة القضائية على الدستورية، أدركوا بأن الجهة التي نباشرها تمثل نمطا جديدا للعلاقة بين المواطنين وحكامهم؛ وأن فعالية دورها، ضمان لتقدم الديمقراطية التي كان شكلها السابق يقوم على الخلط بين الجماهير وممثلها؛ بين إرادة الجماهير في صورتها الحقيقية؛ وإرادة أعضاء السلطة التشريعية الذين أنابتهم الجماهير عنها في تمثيلها، فلا تعلق إرادتهم عليها، بزعم أنهم يحلون محلها في التعبير عنها<sup>(١)</sup>.

وهذه النظرة للديموقراطية، هي التي تبنيتها جهة الرقابة على الدستورية التي تمايز بين حقوق مواطنيها من جهة؛ وبين السلطة التي تحكمهم من جهة أخرى، فلا تندمج حقوقهم فيها، ولا تقوم هي بدلاً عنهم في تقرير نطاقها أو اقتضاها، ولا تستعيز عن إرادتهم بإرادتها، ولا تقدم إرادتها عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، هي ومليتهم في التعبير عن إرادتهم في مواجهة ادعاء ممثلهم البرلمانيين بأنهم أصحابها.

#### رابعاً: حلول الديمقراطية القضائية محل الديمقراطية التمثيلية

٨٠- ومن ثم تحل الديمقراطية التي تكون ملامحها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، محل الديمقراطية التمثيلية.

ولأن السيادة الشعبية لا تجوز مباشرتها بصورة مباشرة، فإن جهة الرقابة على الدستورية تأخذ في اعتبارها أن الذين يدعون تمثيل الجماهير، قد يخونها أو يسيئون التعبير عن إرادتها في أحسن الفروض؛ وأن محاسبتهم عن أفعالهم، وعلى الأخص في شأن القوانين التي أقرها، مناطها إخضاع السلطين التشريعية والتنفيذية لحكم الدستور، وإلزامهما باحترامه بوصفه تعبيراً عن السيادة الشعبية. فلا يكون النزول على الإرادة التمثيلية إلا بقدر توافيقها مع السيادة الشعبية، تقديراً بأن ثانيتهما -دون أولاهما- هي التي ينبغي الخضوع لها.

(١) Carré De Malberg, la loi, expression de la volonté generale, Economica 1984.

وقريب من ذلك ما قرره لويس الخامس عشر في خطابه أمام البرلمان في ٢ مارس ١٧٦٦ من أن حقوق الأفراد وحررياتهم تتحد بالضرورة مع ممثلهم، وتقع في أيديهم.

les droits et libertés sont nécessairement réunis à ceux des représentants et reposent entre leurs mains, cité par Jean - Yves Guémar, l'ideologie nationale, champ libre 1974, p.39.

هذا فضلا عن أن التمييز بين المواطنين ومن يحكمونهم، يقتضى الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية، وبينهما وبين جهة الرقابة على الدستورية من ناحية ثانية، فلا تكون هذه الجهة قريبة في وظائفها من هاتين السلطتين، ولا موقعها موازيا لهما، بل يكون لهاتين السلطتين مجتمعها ذو الطبيعة السياسية.

ولا كذلك جهة الرقابة على الدستورية التي لا يكون مجتمعها إلا مدنيا، ونشاطها إحدانا لعلائق جديدة بين هذه المجتمعين، من خلال إلزامها السلطة بكل أشكالها ورموزها بصون حقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص كلما أعلن المواطنون عزمهم عن الدفاع عنها وكان توكيدهم لها، قد تم من خلال استفتاء عام.

وإذا قيل بأن للسلطة التشريعية أن تعبر بطريقتها عن مفهومها للسيادة الشعبية، إلا أن ادعاء احتكارها تمثيل شعبها، مؤداه إفلاتها من كل رقابة قضائية على نشاطها، وانقضاضها على ولاية جهة الرقابة على الدستورية ذاتها، وتقويضها لسلطانها التي تحدد بها -ومن منظورها- ما تراه الجماهير حقا لها. وهو ما لا يجوز، وذلك لأمرين:

أولهما: أن هذه الجهة تستمد اختصاصاتها مباشرة من الدستور، فلا يجوز هدم ولايتها أو تحريفها.

ثانيهما: أن الأصل هو أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إليها بطريق مباشر أو غير مباشر -لتفصل فيما يطرحه عليها من الطعون في شأن مخالفة قانون للدستور<sup>(١)</sup>.

٨١- ولا جرم في أن الديمقراطية في صورتها الحديثة، قوامها إخضاع أعمال السلطة التشريعية -وباطراد- للقيم التي تتميز بها الجماعة في لحظة زمنية معينة.

وصار منطقيا بالتالي تقييم هذه الأعمال على ضوء قيم الجماعة ومبادئها التي اختطتها طريقا لحياتها، للتحقق من توافقها أو تعارضها معها. وهو ما تعهد به السائير المعاصرة إلى جهة اختصاصها بالرقابة القضائية على الدستورية كي تتولى بنفسها عملية انتقادية عقلية في شأن قوانين السلطة التشريعية وقراراتها.

(١) Dominique Rousseau. Droit de Contentieux constitutionnel. 4e édition pp.397-403

وقد أثار ذلك تساؤلا حول ما إذا كان لجهة الرقابة على الدستورية -وهي بطبيعة تكوينها غير منتخبة- أن تقيد بأحكامها، السلطة التشريعية التي تباشر ولايتها بعد اختيار أعضائها الذين يُشخصون -من خلال الاقتراع العام- إرادة الأمة ويعبرون عنها، خاصة وأن المهمة التي تتولاها جهة الرقابة على الدستورية، تنحصر في تقييم القوانين الصادرة عنها، سواء نطق الأمر بالشكل الخارجى لهذه القوانين -ممثلا في القواعد الإجرائية التي تتبعها السلطة التشريعية في مجال اقتراحها أو إقرارها- أو إصدارها- أم بصورتها الداخلية التي يعكسها مضمون هذه القوانين أو محتواها.

ويقتضى الرد على هذا التساؤل التمييز في مجال الرقابة على الدستورية بين أمرين:

أولهما: قوانين تقرها السلطة التشريعية في حدود سلطتها التقديرية، وهذه لا شأن لجهة الرقابة على الدستورية بها بقدر ما يقوم من توافق منطقي بين النصوص القانونية التي أقرتها والأغراض المقصودة منها.

ثانيهما: قوانين أقرتها السلطة التشريعية مجاوزة لها حدود ولايتها بالنظر إلى خروجها على الدستور في جوانبه الشكلية أو في مضمون أحكامها.

وهذه هي منطقة الرقابة على الدستورية التي لا نزاع في أن الدستور لم يفوض السلطة التشريعية في اقتحامها.

ذلك أن كل سلطة أسسها الدستور، ينبغي أن تتقيد بأحكامها، ما كان منها شكليا أو موضوعيا، تقديرا بأن النزول عليها هو رضوخ لإرادة الجهة الأعلى التي أنشأتها، وبعثتها من العدم.

ومن ثم لا تُعارض الرقابة على الدستورية -التي لا يجوز لها بطبيعة وظائفها أن تفقد ملازمة إقرار النصوص المطعون عليها في لحظة زمنية بذاتها، ولا أن تفصل في حكمها، أو بواعثها- الديموقراطية المنبثقة عن السيادة الشعبية. ولكنها توفر لنصوص الدستور -وهي التعبير الأعلى عن

الإرادة الأشمل والأوثق للجماهير العريضة- الحماية اللازمة لها بفرض كلمتها على المخاطبين بها<sup>(١)</sup>.

٨٢- واتجه نفر من الفقهاء إلى القول بأن الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها دعم حقوق الإنسان الطبيعية والأسبق في وجودها من كافة السماتير والوثائق الملحقه بها. وهي حقوق لا تتقادم من جهة وتخطى الحدود الإقليمية من جهة ثانية. ولا يجوز كذلك النزول عنها أو تجزئتها<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم لا يزيد دور جهة الرقابة على الدستورية بشأنها على مجرد حراستها<sup>(٣)</sup> لضمان خضوع الدولة بصفة كاملة وفعالية للقانون، بما يحول دون تحكمها، ويقيدها بالحقوق السابقة في وجودها عليها.

فلا يكون خضوعها للقانون عملاً داخلياً من خلال تقييدها لنفسها بنفسها. L'autolimitation. وإنما يتحقق هذا الخضوع عن طريق سلطة غيرها، مختلفة عنها، تقيدها بمحتواه L'heterolimitation.

(١) ولا يسمى ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لها إرادة تطو بها على الإرادة الأعلى التي أسستها. ودليل ذلك أنه لو قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفة قانون للدستور، ثم أقر الشعب في استفتاء، هذا القانون بعد عرضه عليه، فإن على المجلس أن يلتزم بنتيجة الاستفتاء باعتباره تعبيراً عن الإرادة المباشرة للجماهير صاحبة السيادة الوطنية، وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن القوانين التي يخضعها لولايتها هي تلك التي أقرها البرلمان، وأنه لا شأن لرقابته بالقوانين التي وافق عليها الشعب في استفتاء، لأنها تبلور التعبير المباشر عن السيادة الوطنية.

les lois soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adopté par le peuple à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

[C.C. 62-20 D.C., 6 November 1962, R.p.27; C.C. 92-313 D.C., 23 September 1992. R.p.94]

(٢) يؤيد إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ وجهة النظر هذه، ذلك أن مادته الثانية تنص على أن غاية هذا الإعلان هي صون حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقادم فيها.

La conservation des droit naturels et imprescriptibles de l'homme.

(٣) حرص مجلس الدولة الفرنسي على إنهاء تحكم السلطة الإدارية من خلال إلزامها باحترام القانون. كذلك ينهض المجلس الدستوري الفرنسي تحكم السلطة التشريعية من خلال إحصاء أعمالها للدستور وحقوق الإنسان.

وفى هذا الإطار، لا تكون الرقابة القضائية على الدستورية، مجرد آلية لها طبيعة فنية غايتها إخضاع الدولة لمبدأ تدرج القواعد القانونية. ولكنها وسيلة عملية تتوخى أصلاً وقبل كل شيء، ضمان احترام الدولة لحقوق الفرد وحرياته<sup>(١)</sup>. فلا يكون خضوعها للقانون غير مجرد انضمام من جانبها إلى قيم الحرية والتكافؤ في المعاملة القانونية، وكذلك إلى قيم التسامح التى يكون بها مجتمعها قائماً على التضامن بين أفراده، الحائزين لحقوق يملكونها فى مواجهة الدولة لتسمو هذه الحقوق عليها، فلا تعارضها.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تلتزمها بإنفاذ تلك الحقوق، كي تتخذها قاعدة تنطلق منها فى تصرفاتها.

#### خامساً: تفسير الدستور تفسيراً نهائياً معقود لجهة الرقابة القضائية

##### على الشرعية الدستورية دون غيرها

٨٣- على أن القول بالحقوق الطبيعية للفرد، لا يعنى أن نصوص الدستور التى تنظمها تعتبر مهياً بخصائصها لإنفاذ محتواها. ذلك أن جهة الرقابة على الدستورية هى التى تعطى هذه الحقوق معانيها وتحدد نطاق تطبيقها، وبمراعاة أن الطبيعة التمثيلية للسلطة التشريعية لا تجعلها مرجعاً نهائياً لتفسير الدستور. بل يجوز دوماً مسألتها أمام جهة الرقابة القضائية غير المنتخبة التى لا يتأثر -من خلال وظيفتها القضائية- عملاً سياسياً.

والحق أن كل تغيير فى المفاهيم الديمقراطية، يحمل فى ثناياه تغييراً فى أدواتها وطرائق التعبير عنها. ومن ثم كان للديموقراطية فى بعض ملامح تطورها، مفرداتها اللغوية كإبدالها الرعية

(١) يشكك بعض الفقهاء فى هذه النتيجة. ويندل عليها بالتحراف المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن كل دعم لازم لحقوق الإنسان فى قضايا أصدرت فيها أحكاماً لا تصرفها من بينها:

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856); United States v. Reese, 92 U.S. 214 (1876); United States v. Grunickshank, 92 U.S. 542 (1876). United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883); The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918). Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923); See also Edward S. Corwin. Court over Constitution (Princeton: Princeton University Press, 1938), pp. 85-128. Henry Steele Commager. "Judicial Review and Democracy." Virginia Quarterly Review 10 (1938): 417-28.



بالمواطن، وتفضيلها السيادة الوطنية على نظرية الحق الإلهي، ولارتكانها إلى مفهوم العقد الاجتماعي بديلاً عن تحكم الملكية.

وفي مرحلة تالية، تغير شكل الجماعة وتركيبها من خلال حق الاقتراع العام وأحزابها السياسية، وإرساء مفهوم الديمقراطية الاشتراكية.

٨٤- وبقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن مفاهيم أخرى للديمقراطية تم تصويبها. فلم يعد البرلمان والقانون مهيمنا على مظاهر الحياة في بلد ما، وإنما صار لجهة الرقابة على الدستورية الحق في أن توفر لكل أقلية، ولحقوق الإنسان، الحماية اللازمة في مواجهة تسلط الأغلبية الحكومية وانحرافها، وأن تترك ولايتها هذه، إلى علو وسيادة الدستور. La prééminence de la Constitution.

وصح القول، بأن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا بقدر احترامه للدستور<sup>(١)</sup> La loi n'exprime la volonté generale que dans le respect de la constitution وأن تتفق الآراء والأفكار وتعددها، هو جوهر الديمقراطية<sup>(٢)</sup> L'exigence du pluralisme des courants d'idées d'opinion constitue le fondement de la démocratie وأن هذه المفاهيم الجديدة، تبلور إطاراً لديمقراطية وليدة تحدد جهة الرقابة على الدستورية ملامحها<sup>(٣)</sup>.

٨٥- ويبدو غريباً في إطار هذا التطور، أن يظل خصوم الرقابة القضائية على الدستورية حتى اليوم يرددون في مواقعهم حججاً عقيمة باهتة ليس لها من سواء. من بينها أن الرقابة على الدستورية غايتها أن تعمق جهة الرقابة على الدستورية من نفوذها من خلال فرضها لإرادتها على السلطة التشريعية، وإبطالها القانون الصادر عنها إذا نالض الدستور، وأن استقراء حقائق التاريخ يدل على أن هذه الجهة لم تعمل يوماً لمصلحة مواطنيها<sup>(٤)</sup>.

(١) C.C.85-196 D.C., 23 Aout 1985, R.p 70.

(٢) C.C.89-271 D.C., 11 Janvier 1990. R.p.21.

(٣) Dominique Rousseau.Op.cit,pp. 403-417.

(٤) Leonard W.Levy <<Judicial Review, History. and Democracy>> in Judicial Review and the Supreme Court. (New York: Harper & Row. 1967).

وفاتهم أن ولاية هذه الجهة مصدرها الدستور، وأن السلطة التشريعية لا تمثل الإرادة الوطنية إلا في الحدود المنصوص عليها فيه؛ وأنها لا تحرص في كثير من الأحيان على أن تكون تشريعاتها موافقة لأحكامه. وغالباً ما يكون سعيها متوخياً لإرضاء قطاع من المواطنين دون آخر، انزلاقاً منها إلى أغوار سياسية لا تؤمن عواقبها.

ولئن كان من سلطاتها أن تفسر الدستور كي تصوغ تشريعاتها بما لا يجانبه، إلا أن سلطاتها هذه، لا يجوز أن تكون قولاً فصلًا تفرض به فهمها للدستور على سواها، وإلا كان تفسيرها للدستور نهائياً، عاصماً تشريعاتها من كل جدل يمكن أن يثور حولها، ولو كان خروجها على الدستور بادياً من وجهها.

هذا فضلاً عن أن لكل جهة قضائية عزرائتها، وصلاحياتها للفصل في المسائل الدستورية، لا يمسقطها خطأ بعض أحكامها. ولا يجوز أن يشكك هذا الخطأ في قدرتها على مباشرة ولايتها بما يصون لمواطنيها حقوقهم وحررياتهم بصورة أفضل.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تفرض إرادتها على السلطة التشريعية، ولكنها تُلقي الدستور عليها، خاصة وأن المواطنين لا يختارون أعضاءها بناء على كفاءاتهم، وتميز قدراتهم في نطاق العملية التشريعية.

ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي يكون لها من تخصصها واستقلالها ما يدعم مباشرتها لوظائفها، وبحول دون إغواء قضائتها الذين يتم اختيارهم بعناية ملحوظة، فلا يكونون إلا أوصياء مخلصين على سلامة تطبيق الدستور؛ يؤكدون لحقوق كل مواطن وحرياته، ضماناتهما، ويناضون للقيود غير المبررة عليها؛ فلا يواجهون القضايا التي يفصلون فيها بصورة جامدة، بل في

إطار من المرونة الكافية<sup>(١)</sup>، التي تجعل من دعمهم للحرية خاصية أساسية تميز نشاطهم<sup>(٢)</sup>، خاصة حين تلقى السلطة التشريعية وراء ظهرها، ما هو خطير من المسائل التي تعدد إلى تجنبها<sup>(٣)</sup>.

### ساندما: الديمقراطية تتأقلى التسلط

٨٦- ولئن صح القول بأن الديمقراطية -على حد قول الرئيس الأمريكي لينكولن- لا تعنى تحررها من كل قيد عليها، ولا تسلط الأقلية<sup>(٤)</sup>؛ فإن من الصحيح كذلك أن إرادة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية، لا يجوز أن تكون جوهر الديمقراطية، إلا بشرط معقولة تصرفاتها.

وتصرفاتها هذه، هى التى تراقبها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان اتصالها بمصالح المواطنين.

فلا يكون للرقابة التى نباشرها هذه الجهة من أثر غير ترشيد التقدير التشريعي وضمان استقراره. وهو ما يعنى أن أحكامها فى المسائل الدستورية، تبلور فرصة ثانية second thought تتبناها هذه الجهة القضائية للسلطة التشريعية كى تصحح نفسها بما يكفل للديمقراطية اعتدالها واتساع قاعدتها وتعميق محتواها.

وغير صحيح بالتالى القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا يجوز أن تصدر أحكامها على ضوء مفاهيم مخالفة لتلك التى تبنتها الأغلبية البرلمانية. إذ لو جاز ذلك لكان وجود هذه الجهة بلا فائدة تترجى منها.

(١) ضرب جون مارشال بعض الأمثلة فى قضية، Marbury V. Madison, 5 U.S.137 (1802) ميررا بها مباشرة المحكمة العليا للرقابة على دستورية القوانين، من بينها فرض الضريبة على خلاف الدستور، وسريال القوانين الجنائية بأثر رجعي، Ex past facto laws وتقليص حق المواطن فى الأمن.

(٢) Eugene Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 Harvard Law Review [December 1952, p.215].

(٣) أصدرت المحكمة الدستورية العليا أحكام كثيرة أبطلت بها بعض النصوص فى القوانين التى تنظم العلاقات بين المالك والمستأجر، وهو التنظيم الذى تحسب السلطة التشريعية تعديله، بالنظر إلى حساسية هذه القوانين ونطقها بمصالح جماهير عريضة من المستأجرين.

(٤) Abraham Lincoln "First Inaugural Adress". in The collected works of Abraham Lincoln. ed. Ray. Basler. 9 vols, Rutgers University Press. 1953, 4:268.

٨٧- غير أن، أبرز أوجه النقد المعاصر لوجود جهة للرقابة القضائية على الدستورية، تتمثل في أن هذه الجهة لا تنحصر مهمتها في تقويم اعوجاج اتصل بقانون، وإنما لأن هذه الجهة -ومن خلال مباشرتها لولايتها- تحل محل السلطة التشريعية في تقديراتها، وتتزايد قوتها يوما بعد يوما، مع تراجع قوة الرأي العام وتضائل أهميته.

بل إن هذه الجهة صار يوسعها اليوم -ومن خلال تفسيرها للدستور- أن تنفذ إلى المظاهر المختلفة لحياة مواطنيها، وضد إرادتهم، أكثر من أى وقت مضى.

وهو ما دعا البعض إلى وصفها بأنها نوع من الإمبريالية القضائية<sup>(١)</sup> تمنح القانون ولا تفسره<sup>(٢)</sup> The law giver القوة بيدها، وسيفها مسلط على غيرها؛ فلم تعد بعيدة عن مظاهر بأسها، ولا عن قدرتها على التدخل إيجابيا في المسائل التي تتناولها، واتخاذ قراراتها فيها دون بصر بتناجزها.

وقضائتها فوق هذا غير مسئولين أمام أحد؛ فهم غير منتخبين؛ وتمتد ولايتهم في الأعم حتى نهاية أعمارهم؛ ورواتبهم العالية تؤمن احتياجاتهم جميعها، مما خولهم السلطة الكاملة التي يوجهون بها كل نشاط عام أو خاص، وفق الآراء التي يفصحون بها عن كيفية فهمهم الدستور.

وكان منطقيا بالتالي أن يدعو بعض المعلقين الجادين، إلى ضرورة أن تتحوط جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال قيود ذاتية تفرضها بنفسها على ممارستها لولايتها<sup>(٣)</sup> وإن قال الناقدون لهذه الرقابة بأن مثل هذه الضوابط تظل من صنعها. ولا يتصور أن تصح بذاتها قراراتها، ولا أن تتحصن عن صورة من صور مراجعتها.

(١) ومن ذلك ما قرره المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية من قواعد قانونية في نسل الفصل العنصري، وعقوبة الإعدام، والحقوق التي تشملها حرمة الحياة الخاصة، وحقوق المتسهم، والدعوى التوكيدية Affirmative action، والمسائل السياسية.

(٢) Max Farran, The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven: Yale University Press, 1966 ed volume 2, p.299.

(٣) Alexander Bickel. The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics (Indianapolis - Bobbs - Merrill, 1962).

٨٨- على أن أوجه النقد المتقدمة -مع اعترافنا بصحتها في كثير من جوانبها- لا تزال بعيدة عما نراه أسلوباً قويمياً في مجال تحديد الجهة التي تفصل في تطليق النصوص المطعون عليها مع الدستور.

ذلك أن تكوين هذه الجهة واختيار قضاتها، مرتبط بدورها في مجال اتصال نصوص الدستور، بأعمال تصدر عن السلطين التشريعية والتنفيذية مجاوزة بها حدود ولايتها.

#### سابعاً: الرقابة على الدستورية لا تتولاها إلا جهة قضائية

وكان ضرورياً بالتالي أن تكون هذه الجهة قضائية في تشكيلها، وأن تباشر وظيفتها من خلال الخصومة للقضائية، فلا يكون فصلها فيها إلا منحترماً من حيديتها واستقلالها عن السلطين الأخرتين، بقصد تقويم ما قد يطرأ عليهما من عوج. فإذا كان موقفها من تطبيق الدستور دالاً على يقظتها، فليس ذلك عيباً يمينها.

ولا كذلك سلبيتها التي توهن علاقتها بمواطنيها، وتؤكد ضعفها أو تخالفها في مواجهة السلطين التشريعية والتنفيذية اللتين تميلان إلى العدوان على حقوق المواطنين وحيرياتهم.

والقول بأن ضوابط الرقابة الذاتية التي تفرضها هذه الجهة على نفسها، لا تعتبر كافية للحد من إشرافها في مباشرة وظيفتها القضائية، مردود بأن الضوابط الذاتية التي تقيد جهة الرقابة القضائية نفسها بها، مردداً إلى طبيعة وظيفتها القضائية لتعلقها بالكيفية التي تفصل بها في نزاع معين.

فإذا قيل بعدم كفايتها، فإن البديل عنها أحد أمرين:

أولهما: أن تتخلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، عن ولايتها بشامها بما يعنيه ذلك من إطلاق سراح السلطين التشريعية والتنفيذية من كل قيد.

وثانيهما: أن تحل هاتين السلطين محلها في مباشرة مهمتها، أو أن تراقبها في كيفية ممارستها لموظيفتها القضائية.

وليس ذلك كله غير إنهاء لهذه الرقابة عملاً وقانوناً. فلا تبقى على مسرح الحياة السياسية غير سلطتين تستبدان بكل أمر، وتعصفان بكل حق، ليظهر الدستور كوثيقة جوفاء في معانيها ومقاصدها وفي القيم التي يتوخى فرضها.

### الفصل الخامس

#### الرقابة القضائية على الدستورية: مفترضاها

تفترض الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية خلفية مواتية تحيط بها؛ ونقطة انطلاق تركز عليها؛ وإطارا للعمل يدعم وظائفها؛ وتوكيدا لنهائية أحكامها.

#### المبحث الأول

##### الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية

٨٩- لا تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية ولايتها تشهيا أو تعالىا. ولكنها تعمل فقط على إخضاع الأفرع التي تباشر السلطة، للدستور.

ولأن هذه الرقابة يقتضيها الإيمان بها وبضرورتها، فإن بينها ترابط بنوع وخصائص الديمقراطية التي تحيط بها وتتفاعل معها.

#### المطلب الأول

##### الدول الشمولية

٩٠- وكان منطقيا بالتالي ألا يكون لهذه الرقابة موطئ قدم في الدول الشمولية التي تشكل مجتمعا<sup>(١)</sup>، وتبلور القيم التي يختص بها، من خلال مفاهيم تستل بتحديد عناصرها، وأخصي: نزعتها الايدولوجية التي تفرضها على مواطنيها، وتدعوهم إلى الدفاع عنها، والقتال من أجلها.

وهي بعد دول لا تتعدد أحزابها، ولا خياراتها. بل تكون مقابلد الأمور جميعها -السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية والقانونية- بيد حزبها هي الذي يحدد لمواطنيها أولوياتهم، ويرصد تحركاتهم، ويقيّد حرياتهم، ويتدخل في أخص مظاهر حياتهم الشخصية، ويعزلهم عن كل صلة تربطهم بالخارج، وإن استثار حماسهم من أجل دعم نظمها والدفاع عن عقيدتها، وحضهم على الإسهام بصورة جماعية في نشاطها، وهو يصنفهم بين مؤمن بمذهبها، ومعارض لقيمتها.

(١) تناهض الدول الشمولية، الدول البرجوازية، وهي في اعتقادنا تلك التي تتحكم فيها ديكتاتور. «علة الرأسمالية لتناشر سطوتها على البروليتاريا التي تمثل الطبقات الكادحة.

ولأن حزبها منظم تنظيماً هرمياً وتسلطياً، قائماً على الاختيار الدقيق لعناصره، فإن حق الانضمام إليه لا يكون مكفولاً لكل مواطن، وإنما يقتصر هذا الحق على صفة مختارة لها مزاياها وعليها واجباتها، وتتسم بالولاء المطلق لأيدولوجيتها التي يُحمل المواطنون على اعتناقها والالتخراط في فصول دراسية لتعلمها An all- encompassing ideology، وإلا حق ردعهم من خلال الأجهزة السرية التي تتعقبهم، والوسائل القمعية التي تطارد بها الخارجيين منهم على نظمها، فلا يكون ترويعهم إلا إرهاباً منظماً Organized Terror.

كذلك فإن احتكار الدول الشمولية وسائل الاتصال على اختلافها، مؤداة ألا يطرق مواطنوها أبوابها إلا بإذنهما، لضمان صميم في قلوبها.

واستبدالها بمصادر الثروة في إقليمها، يوفر لقوتها عناصر بأسها، وسيطرتها الكاملة على أسلحتها ضرورة تقضيها بنفسها، لضمان احتكار عناصر القوة بيدها، ولحق كل تمرد عليها، وردع كل إخلال بنظمها بصورة ماحقة لا تهاون فيها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الدول السلطوية

٩١- ولا مكان كذلك للرقابة القضائية على الدستورية في الدول السلطوية التي تتعقد ناصية الأمر فيها لفرد أو لجماعة صغيرة تتخذ شكل أسرة أو طبقة اجتماعية، أو حزباً سياسياً وحيداً<sup>(٢)</sup>.

متلما هو الحال في كثير من الدول الأفريقية والآسيوية النامية التي كانت حركاتها من أجل الاستقلال موجهة ضد السلطة الاستعمارية؛ وشعاراتها تفيض بالأمل في حياة أفضل. وما أن حصلت مناضلوها على استقلالهم حتى آل أمر الديموقراطية فيها سراباً.

(١) Michael G. Roskin- Robert L. Cord - James A. Medeiros and Walter S. Jones. POLITICAL SCIENCE, AN INTRODUCTION. fifth edition. pp 59- 72.

(٢) كان لويس الرابع عشر ملكاً لدولة سلطوية عندما قال عبارته المشهورة "لما الدولة" كذلك كانت أسبانيا في عهد فرنانكو مثلاً للدولة السلطوية ولم يكن لدى فرانكو ومؤيدوه أية أيدولوجية يداغوس عنها، وكان التعدد قائم في الصحافة والاقتصاد، ولكن في حدود ضيقة أما الصير فتعتبر مثلاً للدولة الشمولية بسحبها الحركة الديموقراطية



ولم يحظ التعليم فيها بدوره المتوقع. وتضاعل دخلها كذلك بعد تراجع استثماراتها. وطحن الفقر والجوع معظم مواطنيها، وصرفهم السعى لضمان قوتهم، عن الفضال من أجل حرياتهم السياسية.

ولم يكن اقتصادها كذلك قريباً من الثورة الصناعية، ولا حربها على الاتصال بأسبانيا وأدواتها.

وأبصر المواطنون وزن القبيلة، وركزوا اهتمامهم على مصالحها أكثر من سعيهم لتكوين الثروة وضمان تراكمها.

وروج قادة هذه الدول مقولة أن اقتصاد بلدهم وازدهارها، معلق بأيديهم، وبما يصدر عنهم من أعمال يكفيها لصحتها أن تكون مبلورة ما يتصورونه من وحيم كافلا آمال مواطنيهم واحتياجاتهم وليس لازماً بالتالي أن تكون هذه الأعمال معبرة عن إرادتهم في مجموعها.

وما يميز الدول السلطوية عن الدول الشمولية، هو أن أولاهها لا تتحكم في كل صور النشاط في مجتمعاتها، ولما يكون لديها أيديولوجية تناصرها وتروج لها.

كذلك يظل جانباً من المسائل العائلية والسياسية والاقتصادية والثقافية بيد مواطنيها. وهي فضلاً عما تقدم، لا يعنيها أن تكفل حريتهم، وحزبها الوحيد تتدرج مستوياته وتتصاعد، منتهية جميعها إلى قيادة أمرة لشخص أو لجماعة لا تولى لقيم الحرية والتوافق والتعاقد والعمل بصورة مقتدرة، إلا دوراً ضئيلاً، شأنها في ذلك شأن بعض عناصر الديمقراطية التي قد تتسامح في وجودها. ذلك أن القيمة الأعلى للدول السلطوية، هي صون نظامها وتحقيق تماسكها من خلال ضمان الخضوع الكامل لها.

كذلك، فإن أكثر ما تتفاضل به النظم السلطوية على الشمولية، هو أن أولاهها بوسعها أن تصحح نفسها بنفسها؛ أما ثنائيتها فإن تصحيحها لنفسها قد يؤول إلى زوالها<sup>(١)</sup>.

(١) مثلاً حدث في الاتحاد السوفيتي الذي تصدع تماماً بعد أن حاول التخلص من الشيوعية، ولو بصورة تدريجية.

### المطلب الثالث

#### أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي

٩٢- وقد تتحول النظم السلطوية -من خلال اقتصاد السوق، وحسن استغلالها لثرواتها- إلى نظم ديموقراطية تدعمها الطبقة المتوسطة<sup>(١)</sup> بعد تزايد حجمها وارتفاع مستوياتها التعليمية؛ وبذاتها الأفكار الديماجوجية أو التطرفية؛ ووعيتها بمصالحها وقدرتها على التعبير عنها؛ وانغماسها في مهنها وأعمالها؛ وسعيها لتنمية ثرواتها الشخصية، ورصدها أخطاء حكومتها ومحاولتها تقويمها؛ وتلقيها من اقتصاد السوق معلوماتها عن ضرورة تسامحها مع خصومها، والإيمان بالتعددية عملاً، والاعتماد على الجهود الذاتية لبناء وتطوير مجتمعها؛ مما يعينها في النهاية على إيجاد صحافة ناقدة، وضمان حق الاقتراع الحر والعام، وأن تكون الحزبية تعددية بالضرورة.

### المطلب الرابع

#### النظم الديمقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية

٩٣- ولا ضمان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في مباشرتها لوظائفها إلا في النظم الديمقراطية التي تمتاز حكوماتها بدعم الجماهير لها؛ وبالتنافس بين أحزابها السياسية؛ وبدول السلطة سواء في أشخاص من يتولونها؛ أو في القيم التي تؤسسها؛ وقراراتها التي تدعمها أغلبية تظاهرها؛ وبمجالسها النيابية القائمة على ضمان صفتها التمثيلية؛ وبحق مواطنيها في عصيانها، ومقاومة أوامرها لرد طغيانها، أو لتقويم انحرافها؛ مع التسليم بتكافؤهم في فرص الحياة السياسية<sup>(٢)</sup>؛ وفي القيمة التي تعطيها الدولة لأرائهم؛ وفي إمكان ترويجها وضمان اتصالها بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وفي حيادها في مواجهة هذه الآراء؛ وفي موازنتها الحرية بالقيود المنطقية التي تضبط حركتها.

ولا يتصور بالتالي أن تباشر جهة الرقابة على الدستورية ولايتها بصورة جادة في ظل نظم لا توافق الديمقراطية في ركائزها وصحيح بنيانها. وهو ما يتحقق بوجه خاص في دول لا تؤمن بأن للناس جميعهم حقوقاً ترتبط بأشخاصهم، ويقيد ضمانها سلطاتها.

(١) للطبقة المتوسطة مصلحة أكيدة في دعم النظم الديمقراطية لأن مكاسبها ترتبط باستمرار هذه النظم.

(٢) من المؤكد أن المساواة السياسية بين المواطنين فيما يتعلق بالإسهام في الحكومة والتنافس من خلال الانتخاب على تقلد الوظائف الحكومية، أمر بطرى بحث لأنها تحتاج إلى كثير من المال وإلى روابط عصرية أو صلات دينية

وكذلك إذا لم تكن التعددية هي نقطة البداية في تنظيماتها السياسية والنقابية والفنية والثقافية والدينية؛ أو كان احتكارها الحقيقة تعبيراً عن آرائها الرسمية التي لا تتحول عنها، إنكاراً لحق خصومها في انتقادها. فلا تتلون موقفها بغير مصالحها الضيقة.

وكذلك الأمر كلما كان انفلاقها عن الاتصال بغيرها من الدول، أو حجبها وسائل النفاذ إلى معلوماتها، سياسة تلزمها؛ وتميزها بين الأحزاب في بلدها، منتهياً إلى تدخلها في شئونها؛ وإعراضها عن تحقيق التوازن بين السلطة والحرية، أو بين القطاعين العام والخاص، أو بين حقوق مواطنيها وواجباتهم، اتجاهاً ثابتاً لها.

### المبحث الثاني

#### نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٩٤- تحرص الدساتير للمعاصرة على ضمان الحرية من خلال مدخلين:

**أولهما:** فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض. **وثانيهما:** مراقبة كل فرع للفرع الآخر بما يكتل للتوازن بينها.

ذلك أن أكثر ما يهدد الحرية هو تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال نصوص قانونية تنال منها أو تقيد من محتواها. ولم يكن منطقياً أن تظل هذه النصوص بعيدة عن شكل من أشكال المراجعة القضائية التي تقوم عليها جهة تستقل عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، كي تفصل من خلال الخصومة القضائية فيما يطرح عليها من طعون في شأن تلك النصوص لتقدر صوابها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور.

وتلك هي المراجعة القضائية التي تختص بها جهة أولاهها الدستور سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية جميعها، وسواء كانت هذه النصوص في صحيح نكيفها القانوني، تعتبر تشريعاً أصلياً أو فرعياً؛ وسواء كان تصادماً مع قاعدة في الدستور، أو مع قاعدة ذات قيمة دستورية، ولا نص عليها في الدستور.

ومن ثم تكون القواعد المنصوص عليها في الدستور، وكذلك أية قاعدة أخرى في حكمها، كافلة حقوق الأفراد وحررياتهم. وإليها تحتكم جهة الرقابة القضائية على الدستورية في إبطال النصوص القانونية الأدنى مرتبة منها، أو تقرير صحتها.

ذلك إن الدستور قانون، وإن كان قانوناً أساسياً Basic law يوازن الحرية بالقيود المنطقية التي يفرضها عليها، أو التي يحيل في شأن تحديدتها إلى تشريع.

وهي بعد قيود لا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تبسطها إسرافاً أو تباهياً أو ترخياً، أو حتى من خلال خطئها في تقدير المفاهيم التي يقوم الدستور عليها، وإلا صار تنظيم الحرية نابهاً عن غلواء السلطة وانحرافها عن مقاصدها.

بما مؤداه أن لنصوص الدستور -في أصول المسائل التي تنظمها وفروعها- الصادرة على ما دونها من القواعد القانونية.

٩٥- ومن غير المقبول بالتالي أن ننظر إلى نصوص الدستور، وكأنها مجرد قواعد توجيهية جردتها السلطة التأسيسية من خاصية الإلزام، وألقتها إلى مسوخ شوهاه بغير قيمة، وليس لها فسي محيط الحياة القانونية لية آثار يمكن ترتيبها عليها<sup>(١)</sup> It cannot be presumed that any provision in the Constitution is intended to be without effect شأن هذا القول شأن إدعاء تناقض نصوص الدستور فيما بينها، أو تخلفها عن مواجهة عصرها، كلاهما مقيم وغير سديد.

وكان لازماً بالتالي أن يرتبط إنفاذ نصوص الدستور بصرامة تطبيقها، وأن يكون الدستور هو القاعدة التي تنطلق منها الرقابة القضائية على الدستورية وترتكز عليها، سواء صح ما ادعاء بعض الفقهاء من أن هذه الرقابة تعود في جذورها للتاريخية إلى بعض السوابق القضائية التي أنشأتها<sup>(٢)</sup>؛ أم صح ما قرره آخرون من أن السوابق القضائية في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، لا تكل على ترابطها فيما بينها؛ أو على وحدة اتجاهاتها؛ أو على مماثلتها لهذه الرقابة وتوكيدها.

كذلك فإن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها ومخاطرها التي تدعو بعض الدول -والنامية منها بوجه خاص- إلى التردد في القبول بها. بل إن الدول التي تؤيدها مختلفة فيما بينها حول طبيعة الجهة التي تبأسرها، وخصائص تكوينها وحدود ولايتها، وآثار أحكامها أو قراراتها.

إلا أن الحقيقة الثابتة -القانونية والواقعية- تشهد بأن هذه الرقابة -ولما كان خصومها- تقوض نفسها كضرورة لا نزاع في ثبوتها، لا لأن هذه الرقابة تحتكم إلى قوانين الطبيعة؛ ولا إلى قوانين فوقها تعد إملاء إلهيا؛ ولا إلى مفاهيم يقتضيهما العدل والمنطق في صورة مجردة، ولا إلى وثائق دينية لها قداستها، وإنما هو الدستور -مكملاً بوثائق إعلان الحقوق التي يضمنها في صلبه إذا أحال إليها في ديباجته- تحتكم إليه جهة الرقابة على الدستورية، لتطلي النصوص الوضعية التي تضمنها على ما سواها.

(١) Marbury v. Madison 1 Cranch (U.S) 137 [1803].

(٢) من بين السوابق التي تكثر الإشارة إليها، ما قرره لورد Coke في قضية Dr. Bonham حيث يقول:

In many cases the common law will control acts of the parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common rights and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such an act to be void. (1610) 8 Co. 113b. 118a, 77 ER.646, 652.

ولا يتصور بالتالى فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أن تتعدد المبادىء للقانون بمعنى الكلمة؛ ولا أن يكون إبطائه بحكم تصدره جهة الرقابة على الدستورية، دالا على علوها على السلطة التشريعية أو حطها من كرامتها؛ ولا أن يكون المفوض فى مباشرة اختصاص ما، أصيلا فى مجال الفصل فى مجاوزة حدوده؛ ولا أن تكون مباشرة السلطة انحرافاً عن ضوابط ولايتها؛ ولا تغليباً لامتيازاتها على حدود مسؤوليتها؛ ولا فصلاً لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن ضماناتها.

فذلك كله مما لا يأتين الدستور به أو يرخص فيه.

وكان منطقياً أن يقيم الدستور جهة قضائية تتولى بنفسها -ومن خلال الخصومة القضائية- مهمة فرض أحكامها على المخاطبين بها. فلا يكون للدستور -وكذلك كل وثيقة أخرى لها قوته أو قيمة مبادئه- غير مرجعها الوحيد فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها.

بومن ثم تستقل جهة الرقابة القضائية عن السلطين التشريعية والتنفيذية؛ فلا هى بجهة سياسية فى تكوينها ووظائفها، ولا هى فرع من السلطة التشريعية أو التنفيذية. وإنما يكون لجهة الرقابة القضائية إجراءاتها وضماناتها. وأخصها حيديتها واستقلالها، سواء كانت رقابتها مقصورة على الفصل فى دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها وجريان آثارها فى شأن المخاطبين بها؛ أم كان مناسط رقابتها ممثلاً فى النصوص القانونية بعد تطبيقها، وهو ما يفترض نشرها فى الجريدة الرسمية، وبدء الميعاد المحدد لميرانها.

وسواء نظم الدستور جهة الرقابة القضائية بوصفها هيئة قائمة بذاتها تنحصر الرقابة القضائية فى يدها؛ لم عقد أمرها للمحكمة الأعلى فى بلده من خلال سلطتها الاستثنائية التى نبأشرها على المحاكم الأدنى منها؛ فإن للخصومة الدستورية لا تنحصر إلا على ضوء أحكام الدستور بوصفه وثيقة أصدرتها هيئة تمثل أمته بصورة أعمق وأشمل، وعلى وجه أكثر توثيقاً من السلطة التشريعية وممثليها.

٩٦- ولازم ما تقدم، أن يكون الرقابة القضائية على الدستورية، مفترضها ممثلاً فى دستور منون جامد، فلا يحتمكم لسواه<sup>(١)</sup> تقديراً بأن نصوص هذا الدستور هى التى تحدد بصورة لا تجهيل فيها- قواعد تقاسم السلطة وتوزيعها بين الأفرع التى نبأشرها، ونطاق حقوق الأفراد وحرياتهم.

(١) بأخذ حكم الدستور. النصوص التى به همه دستورية ولو لم يكن الدستور قد أحال إليها فى ديباجته.

كذلك لا يجوز الخلط بين جمود الدساتير من ناحية، وضرورة تطويرها من جهة أخرى. نلذك أن الدستور، وإن كان وثيقة لها خطرها تتوخى تحقيق نوع من التوازن فى الحقوق التى يكفلها لكل سلطة، وفيما يجوز لها أن تقيد من حقوق المواطنين وحرياتهم؛ إلا أن الدستور يظل وثيقة لا يرتبط تطبيقها بزم من معين. وإنما يكون سريانها وبقاؤها مشروطاً بقدرتها على الصمود عند انتقال الجماعة من طور إلى آخر تتحول فيه قيمها واحتياجاتها، فلا تبقى على حالها، وإنما يصيبها التغيير فى قليل أو كثير من جوانبها<sup>(١)</sup>.

ويظل توفيق الدستور مع أوضاع الجماعة التى يعايشها مطلوباً، ولو كان مرناً. وإن صح القول بأن الدساتير المرنة يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التى تعدل بها القوانين التى تقرها. ولا تقوم بالتالى ضرورة لتطوير دستور يجوز أن تغيره السلطة التشريعية بإجراءاتها المعتادة، سواء ورد التعديل على بعض جوانبه، أو تناول تغيير بنيانه بصفة جوهرية.

ولا كذلك الدساتير الجامدة التى لا يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التى تعدل بها تشريعاتها. وإنما يتعين إجراء هذا التعديل على ضوء قواعد أكثر صرامة من تلك التى تلتزمها السلطة التشريعية فى تعديلها لتشريعاتها.

وذلك هو الجمود فى الدستور. وهو جمود لا نقرره إلا هيئة أعلى خرج الدستور من صلبها، وتسمى بمنزلتها على السلطين التشريعية والتفيذية المعبرتان من خلقها وتأسيسها.

ولا شأن بالتالى لجمود الدستور، بالطبيعة للنوعية لقواعده، ولا بمضمونها. ذلك إن نصوص الدستور -ولو لم تكن لها طبيعة القواعد الدستورية بمعنى الكلمة<sup>(٢)</sup>- تظل جامدة إذا أحاطها الدستور بضمانة تحول دون تعديلها وفق القواعد الإجرائية التى تعدل بها السلطة التشريعية قوانينها.

(١) Kamper v.Hawkins. I Virginia Cases 20.38 (1793).

أنظر كذلك ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية McCulloch V.Maryland 17 U.S. 4 Wheaton 316.(1819) حيث جاء فى الحكم الصادر فيها ما يلى:

"It is a constitution which we are expounding, but the constitution was intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs".

(٢) قررت المحكمة الدستورية العليا فى مجزئ تعريفيها بالقوانين المكتبة للدستور، أن هذه القوانين هى التى تتناول فى مائتها، القواعد الدستورية بطبيعتها التى لا تخلق منها فى الأعم أية وثيقة دستورية، والتى يتعين حتى يكون التنظيم التشريعى مكمل لها أن يكون مفصلاً لحكمها، كالتقواعد المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لتسوية العدالة دون تدخل من أية جهة. ولا كذلك القانون الذى يحدد أحوال فصل المواطنين بغير الطريق التائدى أو الذى يصدر فى شأن التعنئة العامة.

تسوية علياً" العسيرة رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية" جلسة ١٥ مايو ١٩٩٢، مساعدة رقم ٢٢/١/٢٢/٥٤/٠- ص ٢٦١ وما بعدنا من الجراء الخامس من المحدث الأول من أحكامها.

٩٧- كذلك تختلف عملية تطوير الدستور، عن السلطة التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال فهمها للواقعة المتنازع عليها، والنظر في القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها انتقالاتها بها من صورتها المجردة، إلى تطبيقاتها العملية في حالة بذاتها يبلورها نطاق الخصومة المطروحة عليها.

وإنما ينحل تطوير الدستور إلى عملية خلق وإبداع لا تفترض ثبات نصوص الدستور في معانيها. ولا فهمها بصورة واحدة في أزمان مختلفة. ذلك أن تطوير الدستور عملية متجددة تجد مصدرها في الأوضاع القائمة في لحظة زمنية بعينها، وضرورة مواجهتها بالحلل التي تلائمها. فذلك وحده هو الضمان النهائي لحيوية الدستور وقدرته على الصمود، وتحقيق مصالح مختلفة لأجيال متعاقبة. ويظل تطوير الدستور عملية منطقية تفترض وجود علاقة من نوع ما بين نصوص الدستور والمعاني التي أعطتها لها جهة الرقابة القضائية على الدستورية<sup>(١)</sup> وهو ما لا يتحقق بانتزاع هذه الجهة لقيم يستحيل ربطها بنصوص الدستور؛ أو عن طريق فرضها لتصوراتها الشخصية على نزاع مطروح عليها بما يضعها في مركز المشرع الأعلى<sup>(٢)</sup> Superlegislature.

ويظل تطوير الدستور مطلوباً في حدوده المنطقية، وضرورياً في الدساتير الجامدة بالنظر إلى القيود الإجرائية الباهظة التي تحيط بتعديلها، بما يعسر إجراء هذا التعديل في الأعم من الأحوال.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Black.J. في قضية:

Griswold v. Connecticut. 381 U.S. 479, 520 (1965).

حيث يقول:

"Judicial creativity is essential to constitutional interpretation, but as Justice Hugo Black, dissenting in Griswold, warned, 'unbounded judicial [creativity] would make of this Court's members a day-to-day constitutional convention'".

(٢) أنظر الرأي المخالف للقاضي Holmes في قضية:

Lochner v. New York. 198 U.S. 45 (1905).

وكذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663, 678 (1966)

"When a 'political theory' embodied in our Constitution becomes outdated, it seems to me that a majority of the nine members of this Court are not only without constitutional power but are far less qualified to choose a new constitutional political theory than the people of this country."



ولئن صح القول بأن الدستور هو الركيزة التي تنطلق منها جهة الرقابة القضائية على الدستورية فيما تفصل فيه من مطابقة النصوص للمطعون عليها للدستور، إلا أن لهذه الجهة أن تستهض في مجال تفسيره كافة الحقائق التاريخية، وأن تعتمد إلى فهمه بالاستهداء بتفسير الحقائق التاريخية من المصادر، كالسوابق القضائية بقدر تعلقها بالنزاع المعروض عليها، وإن ظل محظوراً أن تكون رؤيتها للدستور تصوراً شخصياً من جانبها. ما لم يكن هذا التصور متصلاً بمواجهة تفسير هام طرأ على الجماعة<sup>(١)</sup>.

(١) W.J. Brennan, Jr. "Inside View of the High Court", New York Times Magazine 35 (6 October 1963); See also I. Kaufman, Remarks, "The Courts in Peril" The Palm Beach Round Table, 3-4 (10 February 1983)

### المبحث الثالث

#### الإطار الذي تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

٩٨- فإذا استقام لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، اختصاص الفصل فى دستورية القوانين، فإن ديناميكية نشاطها ترتبط بعدد من العوامل أهمها درجة استقلالها، وحدود ولايتها، والقيود على ممارستها، وكيفية مباشرتها لوظيفتها القضائية عملاً.

فليس متصوراً أن يكون دور هذه الجهة فاعلاً فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذا كان كيانها تابعاً لجهة حكومية توجهها وتحدد لها ما تفعل.

وإنما يتعين أن تكون جهة الرقابة القضائية، قائمة بذاتها، وإن دل العمل على تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية فى تشكيلها لتطبعها بتوجهاتها.

ولا يجوز للدستور أن يكل إلى المشرع تحديد نطاق ولايتها ليوسعها أو يضيقها وفق ما يراه. ذلك أن تركها فى يده، موداه أن يستل نيران حدودها، وأن ينقض عليها إن أراد فلا يتوافر لجهة الرقابة القضائية ضمانات استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. وقد تغير السلطة التشريعية من عدد قضاه هذه الجهة -إذا لم يكن الدستور قد حدد- بقصد التأثير فى قراراتها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز فى أية حال أن يعامل قضاتها بوصفهم من موظفى الحكومة العاملين فى خدمتها؛ ولا أن تنقرر مرتباتهم بصفة شخصية؛ ولا أن تنزل بها السلطة التشريعية عن الحدود الدنيا لاحتياجاتهم؛ ولا أن تتحكم هذه السلطة فى ميزانية جهة الرقابة القضائية<sup>(٢)</sup>؛ ولا أن يقصر المشرع إنهاء خدمتهم بالرغم من صلاحيتهم وحسن سلوكهم<sup>(٣)</sup>.

(١) Robert H. Jackson, "The Supreme Court in the American System of Government", Views from the Bench, 1990, printed in India, New Delhi, p.20.

(٢) بالرغم مما تنص عليه المادة ٥٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن لها موازنة مستقلة تعد على نمط الموازنة العامة للدولة، إلا أن وزارة المالية لها الكلمة النهائية فى شأن الأموال التى ترصد فيها، وهو ما ينال من استقلال المحكمة ويقوى قبضة السلطة التنفيذية عليها.

(٣) يظل قضاة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى مناصبهم حتى موتهم ما برحوا حصى السمعة، كذلك فى مرتباتهم تكفل لهم حياة كريمة ولا يجوز خفضها.

فذلك كله مما يعين السلطتين التشريعية والتنفيذية على إخضاعهم لضغوط تؤثر في عملهم، خاصة من خلال إغوائهم بالمزايا التي يستطيعون الحصول عليها فيما لو تضاعل دورهم، أو همد نشاطهم.

كذلك فإنه مما ينامض استقلال جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أن يعهد إليها بأعمال لا شأن لها بالوظيفة القضائية التي تتولاها. كأن تأذن برصد محادثة تليفونية أو أن تقدم لجهة إدارية -وبناء على طلبها- آراء استشارية تبديها لها، أو أن تفصل في غير خصومة قضائية تُكسّر تقابلاً وتناقضاً حاداً بين مصالح أطرافها.

ويعتبر تعديا على جهة الرقابة على الدستورية، منافيا لاستقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، تدخل إحداها في تنفيذ أحكامها، سواء من خلال تحوير مضمونها، أو إسقاط حجيتها، أو عن طريق إرجاء الأعمال الآثار القانونية المترتبة عليها.

ذلك أن عوائق التنفيذ هذه إنما تحول بمضمونها أو أبعادها، دون اكتمال مداه، فلا تتصل حلقاته ببعضها، ولا تتضام فيما بينها، ليفقد الحكم جدواه من خلال تعطيل جريان آثاره بتمامها دون نقصان.

وعوائق التنفيذ هذه، هي التي حرص قانون المحكمة الدستورية العليا بنص مادته الخمسين، على هدمها، وإنهاء الآثار القانونية التي أحدثتها، لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالته السابقة على نشوئها، ولو كان مصدر هذه العوائق قانون أقرته السلطة التشريعية، ينال من التنفيذ في حقيقته ومضمونه، ويعطل البدء فيه، أو استكمال بدليته<sup>(١)</sup>.

وفي مواجهة هذه العوائق جميعها، يكون بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، السلطة الكاملة التي تزيلها بها، فلا يصير لها بعد تدخلها -من خلال منازعة التنفيذ التي يطرحها عليها كل ذي شأن فيه- من وجود، على أن يكون مفهوما أن هدمها لهذه العوائق يتخذ إحدى صورتين:

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤- للقاعدة رقم ١/٦ من ٨٢٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

لأولهما: أن يتمثل عائق التنفيذ في قرار صدر عن جهة إدارية. وعندئذ ينعدم هذا القرار ويعامل باعتباره مجرد عقبة مادية لا تولد آثاراً قانونية. ولكل ذي شأن أن يتجاهلها وأن يدفعها بما يراه من التدابير. ذلك أن النقص نقيض الوجود. ويستحيل إحياء النقص من جديد، إذ الساقط لا يعود.

ثانيهما: أن يكون هذا العائق قد نجم عن قانون صدر عن السلطة التشريعية، وعندئذ تبطل المحكمة الدستورية العليا هذا القانون لخروجه على ضوابط الشرعية الدستورية، وأخصها خضوع الدولة بكامل بتنظيماتها للقانون بمعناه العام على ما تقرره المادة ٦٥ من الدستور.

ويؤيده كذلك أن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال انفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، مردها إلى نص المادة ١٧٥ من الدستور.

فإذا عطل المشرع تنفيذ أحكامها -وحجتها متعددة إلى الناس كافة-، وإلى السلطة بكل تنظيماتها- دل ذلك على إفراغ ولايتها من مضمونها<sup>(١)</sup> بما يخل بحقيقة أن نصوص الدستور هي التي تكفل للحقوق التي تصونها، ضماناتها العملية، وإلا صار الدستور وثيقة جوفاء، قائمة ألوانها.

وتبدو هذه الحقيقة أكثر ما تكون وضوحاً في الدول الفيدرالية التي تقوم فيها محكمة عليا فيدرالية ووحيدة، تعمل -من خلال أحكامها- على تحقيق التوازن الدقيق بين اختصاص الاتحاد ووحدته الإقليمية. فإذا دهمته أو شوهته السلطة الاتحادية هي أو ولاياتها، اختل هذا التوازن، بما يهدد كيان الاتحاد إلى حد انفراط عقده.

٩٩- كذلك فإن لجهة الرقابة على الدستورية، أسلوباً للعمل يصون سرية مدلولاتها التي تحيط بكل القضايا المعروضة عليها، ما لم يكن من اختصاص هذه الجهة أن تحدد بنفسها ما تنتظره منها  
To decide what to be decided

(١) أحياناً يتحقق الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية حتى في الدول العريقة في ديموقراطيتها، فقد اعترض الرئيس الأمريكي جاكسون على حكم لم يحبه صدر عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، فقال مخاطباً رئيسها جون مارشال ومتهكماً لقد اتخذ مارشال قراره، وعليه الآن أن ينفذه.

“Marshall has made his decision . - now let him enforce it”.

وهي في كل حال لا تفصل من منظور مجرد في نزاع تقرر السير فيه، ولا بما يناقض وحدة الجماعة واستقرارها. وليس بوسعها أن تقصر النصوص القانونية المطعون عليها بما يخرجها عن معانيها الواضحة، في إطار مبادئها، وعلى ضوء موضوعها، ووفق أغراضها.

ومعانيها هذه هي التي تحدد حقيقة النصوص المطعون عليها ووجهتها<sup>(١)</sup>، فلا يجوز تحريفها.

يؤيد هذا النظر، أن الكلمة للوحدة يستحيل أن يحملها العقل على معنى واحد في كل الفروض<sup>(٢)</sup>.

وينبغي بالتالي في مجال تفسير النصوص القانونية المطعون عليها -على الأخص إذا شابهها غموض في بعض جوانبها أو أحاطها في كل أجزائها- الرجوع إلى مضابط السلطة التشريعية، وإلى أقوال أعضائها، وشهادة الخبراء الذين استدعيتهم في لجان الاستماع، وكذلك إلى الحقائق التاريخية، خاصة وأن هذه الوثائق جميعها قد تقدم إجابة من نوع ما على فروض لم يتوقعها المشرع، أو يأخذها في اعتباره، بما يجعل هذه الفروض مسائل مسكوتا عن تنظيمها.

١٠٠- ويلاحظ كذلك أن قراءة النصوص القانونية، مسألة مختلفة من كل الوجوه عن إعادة كتابتها.

كذلك فإن قراءتها، قد تدل على أن ما هو مدون فيها، يناقض روحها ونوايا المشرع في شأنها<sup>(٣)</sup>.

وإخضاع النصوص القانونية المطعون عليها في مجال تفسيرها لضوابط منطقية، حقيقة قانونية لا نزاع فيها. ويندرج في إطار هذه الضوابط:

أولاً: أن القانون الباطل لا ينتقل صحيحاً لمجرد قدم العهد على تطبيقه.

(١) Oliver.W.Holmes "The Theory of Legal Interpretation", in Collected Legal Papers 207 (New York: Harcourt, Brace 1920).

حيث يقول:

"We do not inquire what the legislature meant , we ask only what the Statute means".

(٢) McCulloch v.Maryland, 17 U.S. (4 wheat) 316,314 (1819).

(٣) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S 139,201 (1979).

ثانياً: أن عناصر خارجية ينبغي الاعتماد عليها في مجال الفصل ففى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، من بينها الأوضاع القاهرة التى أحاطتها عند صدورها.

ثالثاً: أن إبطال بعض أجزاء القانون، لا يفيد بالضرورة إنهاء العمل ببقائه.

وإنما يجب فصل النصوص التى أبطلتها جهة الرقابة القضائية عن سواها من أجزاء القانون، وتطبيق باقيها على الفروض التى تواجهها. بشرط ألا يكون المشرع قد نظر إلى أحكام القانون جميعها باعتبارها واقعة فى إطار وحدة عضوية لا تنقسم مكوناتها، وألا يكون منافياً لحكم العقل تطبيقاً ما بقى من نصوصه بعد إبطال أجزائه المناقضة للدستور.

رابعاً: أن القيود التى تحد بها السلطة التشريعية من ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية بما يخرج عن حدود تنظيمها، تكون عديمة الأثر قانوناً. وليس لها كذلك أن تمنعها من تطبيق قانون فى نزاع معروض عليها، أو من الفصل فى دستوريته، إلا بناء على نص فى الدستور.

خامساً: أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لا يجوز أن تتسامح فى القيود التى يفرضها المشرع على الحرية، إلا بقدر ضرورتها، واتفاقها مع القيود التى تقابلها، والمعمول بها فى الدول الديمقراطية الحرة.

سادساً: أن النصوص القانونية ينبغي أن ترتبط عقلاً بالأغراض التى تتوخاها، بما يكفل لهذه النصوص -كوسائل لتأخذها المشرع- تحقيق الأغراض التى استهدفها.

سابعاً: أن الإجماع ليس مطلوباً فى قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، إذ الأصل هو أن تنقسم آراء قضائها بين مؤيد ومعارض لاليتينهم، وأن يكون موقفهم من حكمها إما تحييزاً لمنطوقه والدعم الذى قدم عليها؛ وإما استغلالاً عنها مما يعارضها كلية، أو يوافقها فى بعض أجزائها.

ثامناً: يفترض فى النصوص القانونية المطعون عليها موافقتها للدستور، وهو ما يقتضى تفسير هذه النصوص -وبقدر الإمكان- بما يحتفظ بمدقضة أحكامها.

بيد أن هذا الافتراض لا يؤخذ به على إطلاقه، بل يتعين حصره فى نصوص الدستور التى تنظم تقسيم السلطة وتوزيعها، دون حقوق الأفراد وحياتهم التى يعامل كل عنوان تشريعي جسم

عليها باعتباره مشتبهاً فيه، مقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تقييد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالاً بها<sup>(١)</sup>.

١٠١- والأصل في جهة الرقابة على الدستورية، هو أن تبدأ مداولاتها بعد أن يقوم رئيسها بعرض لواقعة النزاع وبيان حكم القانون بشأنها بصورة مبدئية، ثم يليه بعد ذلك الأقدم فالأقدم من قضاة هذه الجهة.

وبانتهاء هذه المرحلة التي تتناول عرض القضية المطروحة من جوانبها الواقعية والقانونية، يدلى القضاة بأصواتهم بدءاً من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، حتى لا يتأثر الأحدثون في إبدائهم لأرائهم بوجهة نظر الأقدمين، وإن كان ذلك مشكوكاً فيه إلى حد كبير، على تقدير أن من المفترض في الأقدمين أنهم افصحوا عن توجهاتهم في المرحلة الأولى من مداولاتهم، بل إنهم قد يتدخلون في مرحلة الاقتراح قبل اكتمالها، بإبدائهم لوجهة نظر يرون صوابها بما يؤثر على الأحدثين.

ولا مخرج من هذه الصعوبة إلا قيام جهة الرقابة على الدستورية بإجراء مداولاتها في مرحلة واحدة يتدمج فيها عرض واقعة النزاع وشرحها، بالاقتراح على حكم الدستور في شأنها، لا من رئيسها ثم الأقدم فالأقدم من قضائتها. بل من أحدثهم صعوداً إلى أقدمهم، وهو ما عليه العمل في المحكمة الدستورية العليا.

وبانتهاء المداولة في القضية المعروضة، يقوم عضو جهة الرقابة بإعداد مشروع حكم يبلور فيه وجهة نظر الأغلبية، بعد أن يكون رئيس هذه الجهة قد أحال إليه القضية التي يتعلق بها هذا المشروع.

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن، هو وجود نظامين لتوزيع القضايا:

أحدهما: أن يوزع رئيس جهة الرقابة القضائية على الدستورية القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مداولة في شأنها. وعندئذ يصبح هذا العضو مقررًا للقضية التي أحالها إليه رئيس هذه الجهة. فلا تبدأ مداولاتها بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر واقعة النزاع، بجوانبها المختلفة مع

(١) Gerald- A. Beaudoin. "La Constitution du Canada". 2e tirage revise 1991.p.164-166. 170.

تصور مبدئي لحكم القانون بشأنها. ثم يقوم كل عضو -بدءاً من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، بإبداء وجهة نظره الواقعية والقانونية- في النزاع المطروح<sup>(١)</sup>.

وثانيهما: أن يقوم رئيس جهة الرقابة على الدستورية -وبعد انتهاء مدولاتها المبدئية- بتوزيع كل قضية على من يختاره من أعضائها.

وفضل هذه الطريقة على الطريقة الأولى، هو أن عملية التوزيع في الطريقة الثانية لا يجريها الرئيس إلا بعد وقوفه على آراء الأعضاء جميعهم، وتعرفه على من يكون من بينهم أكثر قدرة على إعداد مشروع الحكم من رابوة معلوماته الأعمق، أو توجهاته الأقرب من صورة النزاع وحقيقته. فلا يكون الاختيار إلا للأقدر على تدوين مسودة الحكم في صورتها الأولية.

وينعكس ذلك بالضرورة على عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية؛ وعلى الدور الذي يلعبه رئيسها في مجال تنشيطها. وهو دور يظهر بوضوح متى اختار الرئيس قاضياً من الأغلبية يكون أكثر اقتراباً من الأقلية في وجهة نظرها، حتى يحصل على توافق في الآراء حول الصيغة النهائية لمشروع الحكم قبل صدوره.

وقد يختار الرئيس أن يعد هو مسودة مشروع الحكم في القضايا الحيوية، أو التي تعتبر علامة بارزة في اتجاه تعميق دور المحكمة.

وفيما عدا هذا الاستثناء، فإن القاضي الموزعة عليه القضية، هو الذي يقوم بتكوين مشروع الحكم الصادر فيها، بإذلا في ذلك كل جهده بالتعاون مع معاونيه في بعض النظم، ومنفرداً في نظم أخرى<sup>(٢)</sup>.

ثم يعرض هذا المشروع في صورته المبدئية على القضاة جميعهم. ويعتبر هذا العرض محورياً في مجال تحديد الصورة النهائية للدعائم التي يقوم عليها الحكم. ذلك إن الفصاة -ومن خلال سيرهم لهذا المشروع واستشرافهم أبعادها- قد يغيرون من أصواتهم، وينحازون لفريق دون آخر. فلا تكون

(١) هذه الطريقة هي المعمول بها في المحكمة الدستورية العليا.

(٢) في الولايات المتحدة الأمريكية يعتنق القاضي المشروع المبدئي لمسودة الحكم بالتعاون مع من يتبعه من المتخصصين في علم القانون الممثلين في مكتبه Law Clerks. ولا وجود لمثل هذا النظم في مصر.



مواقفهم في صورتها النهائية، غير طرح جديد لموضوع النزاع، على نحو يؤدي إلى انقسامهم وتبعثر أصواتهم، أو إلى تكتلهم من جديد في اتجاه دون آخر.

وهو ما يعنى أن للقضاة قبل أن يتخذوا قرارا نهائيا في مشروع الحكم المعروض عليهم، يتبادلون الآراء فيما بينهم حتى في أحاديثهم التليفونية أو الجانبية أو عن طريق أوراق يتبادلونها، فيما بينهم، أو على موائد الطعام التي تجمعهم، أو تضم فريقا منهم.

ومنهم من يعرض أكثر من تعديل على مشروع الحكم، أو يقترح صياغة جديدة أكثر من مرة حتى يظهر في الصورة النهائية التي يوافق القضاة عليها<sup>(١)</sup>.

وكثيرا ما يفضى تعمق مشروع للحكم من خلال نقله على أوجهه المختلفة فيما بين القضاة الذين يحصونه، إلى تحول أصواتهم وانقلابها، وإلى تبادل الأغلبية والأقلية لموقعيهما.

بل إن القاضى المعهود إليه بإعداد مشروع الحكم، قد بلغت نظر زملائه إلى أوجه الخطأ فيه، ويعرض عليهم نواحي هذا الخطأ مرفقا بها تصوره الجديد لمشروع بديل. فإذا أقره، كان ذلك هو الحكم النهائي في الدعوى.

وفي ذلك مؤشر واضح على الضغوط النفسية التي يتعرض لها القاضى الذى يعد مشروع الحكم. إذ عليه أن يصوغ هذا المشروع بطريقة تعبر بدقة عما قصده الأغلبية حقا وصدقا، وأن يكون كافيا -فى الدعائم التي يقوم عليها- لقبولها به.

وسعيه في ذلك يدل على الإستراتيجية التي يختطها في مجال إقناعهم بوجهه نظره. وهو يخاطبهم جميعا وكأنه يرقص كالمقاتلين بميوفهم، كي يصل إلى نتيجة يؤيدونها دون أن تصيبه نصالهم. فلا يكون المشروع النهائي للحكم، إلا ثمرة توازن دقيق بين وجهات نظر مختلفة، تؤيدها دعائم كافية للحكم يكون مدخلها تفاوضا مضنيا، أو حتى المساومة أحيانا.

ولا كذلك القضاة الذين يدنون آراء منفصلة -موافقة أو معارضة للأغلبية- ذلك إنهم لا يتحدثون باسم المحكمة.

(١) W.Brennan, Jr., "State Court Decisions and the Supreme Court" Pennsylvania Bar Association Quarterly. 405 (1960).

وبينما ينصح المعارضون للأغلبية عن رأيهم في انطلاق، فإن القاضي الذي يعبر عن وجهة نظر الأغلبية، كثيرا ما يكون حريصا، يعطى لكل كلمة تضمنها الحكم وزنها، نائيا بها عن احتمال تعدد تأويلاتها. فلا تكون الكلمة إلا في سياق عبارة تتصل بها. ولا تكون العبارة في مجملها إلا تعبيراً متكاملًا عن حقيقة المقصود بها.

وليس لهذا القاضي بالتالي، أن يعطى تصورا عما ينبغي لجهة الرقابة على الدستورية أن تحذره مستقبلا، وإن كان ذلك هو ما ينحاه المخالفون للأغلبية، الذين يتصورون غالبا أن آرائهم تبلور الحقيقة التي نقضها الحكم الذي خالفوه، وأن جهة الرقابة على الدستورية لا بد أن تعدل يوما<sup>١</sup> عن خطئها السابق.

وهم إذ يعلنون مخالفتهم لرأي الأغلبية قبل أن يصدر به الحكم، فإنهم ينتقدون هذه الأغلبية في واقع الأمر.

وقد يكون جهرهم بأنهم يعارضونها، بمثابة تهديد للأغلبية بحملها على أن تصوغ حكما في حدود ضيقة تحد بها من اتساع عباراته، أو تخفض من لهجتها ونبرتها، بما مؤده أن توزع مسودة مشروع الحكم على القضاة في مجموعهم، ينير الضريق إلى بلورة أحد آرائهم، وإلى دعائم أوثق لحمل الحكم عليها، وإلى اختيار العبارة الألق لضبط معانيه، وإلى التركيز على صورته الإجمالية، كي يكون أكثر إقناعا وحسما.

١٠٢- وفي إطار هذه المنظومة المتكاملة لعملية اتخاذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية لقراراتها -الناجمة عن قدرة على إجراء الحوار، ورغبة صادقة من القضاة في النظر في الدعائم التي يقوم عليها المشروع، وتقريبها من وجهة نظرهم، ومحاولة تعديلها قدر استطاعتهم، ليكون الحكم النهائي أكثر تعبيراً عن آراء متوافقة متوازنة- لا يكون دور رئيسها جانبيا، وإنما يظهر بين زملائه كرمز للجهة القضائية التي يرأسها، The Tituler Head. فهو يعد جدول القضايا التي تنتظرها، ويدير مداولاتها، وينصدر جلساتها، ويقود الحوار في النقاط التي يدور الجدل من حولها. وهو -فيما بين زملائه- الأول بين نظراء A First Among Equals، والأكثر اتصالا بالجهة القضائية التي يرأسها باعتبارها متوليا ألق شئونها، كافلا تكاملها في إدارة مهامها، واتخاذ ما هو هام من قراراتها، مؤثرا في اتجاهاتها. وعلى ضوء شخصيته وقوته وتميزه، يتحدد لهذه الجهة طريقها سلبا أو إيجابا، 'فلا'

تطبع عليها غير صورته في عزمها وإينها؛ في انطلاقها وتراجعها؛ في حيويئتها وخفوتها، في نهوضها وكبوتها.

١٠٣- وتوازن جهة الرقابة على الدستورية بين طبيعة المسائل التي تنظرها وتعددها من جهة؛ وضرورة نظرها بما يجنبها بيروقراطية الفصل فيها من ناحية ثانية.

ذلك إن تقدير هذه الجهة وعلو مكانتها، مرتبط بكفائتها في إنجاز عملها؛ وبقدرتها على حسم المسائل التي تعرض عليها دون تردد، خاصة ما يتعلق منها بالملكية والحرية وبالحق في الحياة.

كذلك، فإن ما ينبغي أن تنتم به هذه الجهة، هو أن يكون التعاون بين قضائتها بديلاً عن التناحر. فلا تجد الآراء المتصلبة طريقها إليهم. بل ينبغي أن يكون تقاسمهم من أجل الحقيقة؛ وخلافهم دائراً حولها؛ وجدلهم مهنيلاً لا شخصياً؛ خاصة وأن كثيراً من المسائل التي يتناولونها ببحثهم تثير نقاطاً قانونية بالغة الدقة. وقد تختلط فيها السياسية بالقيم الاجتماعية والخلقية كذلك المتعلقة بحقوق الإعدام، والإجهاض، والحقوق المدنية، ومفهوم المطبوع الداعر، وقواعد تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة، وصور العلوان على الأفراد من خلال تعذيبهم أو إهانته، أو احتجازهم بدون حق.

وانتصارهم للحقيقة وحدها، يدعواهم في بعض الدول إلى إعلان آرائهم المخالفة - التي قد تكون أحياناً حادة في نبرتها - وتسجيلها<sup>(١)</sup>.

وتبدو أهمية هذه الآراء وضرورتها في أنها تقوم على تشرية كامل لرأى الأغلبية، وتطيل لجوانبه المختلفة، بما يحول دون تحكم الأغلبية، ويلزمها بأن تصوغ حكمها بطريقة متعقطة.

(١) في بعض النظم كمصر، لا يعرف أحد من الذي دون الحكم، وما هي حقيقة الاعتراضات التي أبدأها بعض قضاة المحكمة عليه. إذ يظل كل ذلك مكتوماً عن الناس نذراً بقاعدة سرية المدولة التي نخرج بها في مصر عن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغي أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التي يعبرون بها عن موقفهم من الحكم سواء بتأييده أو انتقاده، لأن ذلك وحده إثراء للجدل المهني وتبصير للرأى العام بأن هناك مسائل خلافية لم ينحسم أمرها بعد عند القضاة المخالفين، وأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية. وفي ذلك إثراء للبحث العلمي بديلاً عن القاعدة المعمول بها في مصر التي تدعو إلى التواكل والسلبية، وكذلك الانتهازية أحياناً، من خلال نكتل بعض للقضاة لدعم اتجاه خاطئ، وهم آمنون أن أحداً لن يعرف شيئاً مما يفعلون.

كذلك فإن بعض الآراء المخالفة، لها من قوتها، ومثانة حجتها، وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلاً جانبية لأغلبية جديدة تتحاز لها

وهو ما يعنى أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائلين بها، وأنهم لا يميلون لغير الحقيقة التى يؤمنون بها، وأن مردها إلى تعدد المسائل التى يبحثونها، وأن من يبدونها لا يندرجون فى إطار كتلة محافظة، أو متحررة، داخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صواباً.

١٠٤- وفى مصر لا يجوز لقاضٍ فى المحكمة الدستورية العليا، أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها فى نزاع معين، ولو كان رأيه أكثر صواباً، وحجته أكثر إقناعاً، وفهمه لواقعة النزاع ويصره بجوانبها، حديثاً.

ولمّا يظل رأيه مكتوماً، ودعائمه غائبة عن أن تتصل يد بها، والحقيقة التى آمن بها مطمورة فى زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا إحاطته بأبعاد موضوع معين منتجاً.

وعليه بالتالى أن ينضم إلى القضاة الذين خالفهم، وأن يوقع الحكم معهم، وكأنهم جميعاً متفقون فيما بينهم على مضمونه وأبعاده.

وحتى القاضى الذى صاغ الحكم بيده، وعبر فيه عن رأى الأغلبية بألفاظه، وبالذعائم التى ساقها باجتهاده، لا أحد يعرفه.

ومثل هذا التنظيم القائم على التترع بسرية المدولة، تقارنه محاذير كبيرة أهمها:

أولاً: أن لكل قاضٍ شخصيته وثقافته وتوجهاته التى ينفرد بها. فإذا كان التنظيم القائم يجهل به، فإن دوره فى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وقدر إسهامه فى نشاطها، يظل خافياً.

وهو ما يناقض ما عليه العمل فى الدول المتحضرة جميعها، وفى محكمة العدل الدولية ذاتها التى تفصل فى مسائل بالغة الدقة يتعلق بعضها بحقوق السيادة التى تنتزعاها الدول التى تمثل أمامها. ذلك إن القضاة لا يتفاضلون على بعضهم إلا من خلال جهدهم ممثلاً فى أحكامهم التى دونوها بأيديهم.

وبقدر ثقافتهم، وعمق وعيهم، وحدة نكائهم، ونوع أبحاثهم القانونية، ودرجة ثرائها، يكون لأحكامهم ولاجتهاداتهم قيمتها وأصالتها. وفي ذلك تقييم لكل قاضٍ من منظور موضوعي.

ثانياً: أن لسرية المدولة مفهوماً ينبغي أن ينحصر في المرحلة السابقة على صدور الحكم، والمتعلقة بما يثور بين القضاة من حوار وجدل حول المسائل المتنازع عليها، ومحاولتهم التوفيق بين جوانبها، ونظرهم في مشروع الحكم المقدم بشأنها، وتعديلهم بعض أجزائه ومراجعتها، حتى يظهر في الصورة التي يرتضونها.

فإذا ما صدر الحكم، فإن ما اتفق عليه للقضاة، وإن كان يبلور رأي الأغلبية التي يصدر الحكم عنها، إلا أن الحكم يظل منسوباً في صياغته إلى القاضي الذي أعلنه باسمها.

أما القلة التي تعارضه، فإن من حق كل فرد فيها أن يسجل علانية رأياً مخالفاً للأغلبية، لا ليحط من قدرها، وإنما ليدعم وجهة النظر التي يؤمن بها. فلا ينزع إلى آراء لم يقم بدراستها؛ أو بحثها بصورة عرضية غير نافذة؛ أو انحاز فيها إلى فريق دون آخر بغير وعى بنتائجها؛ أو أبداه دون غوص في بحارها. وإنما يعلن رأياً موثقاً ومدعوماً، قائماً على ما يراه أكثر صواباً وأمتن عارضة. فلا يكون رأيه المناقض للأغلبية إلا إثراء للحقيقة القانونية، مؤكداً استقلال شخصيته، وبقطة ضميره.

ثالثاً: أن ما نلاحظه اليوم في كل جهة قضائية، أن سرية المدولة هي الذريعة التي يتخفى وراءها بعض القضاة الذين يتسلبون من واجباتهم، فلا يعيرونها النقاش، قائلين بأن تكثير الحوار وتوجهه قلة من بينهم. فلا يحتاجون إلى مبادلتها عمق بعق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها. وإنما يؤثرون صمتاً أو دوراً متضاملاً، بدلاً من أن يكون جهدهم علماً نافعاً.

رابعاً: أن من حق القضاة الذين تتناضل آراؤهم مع زملائهم في إطار من الحقائق العلمية: أن يكون موقفهم من الأغلبية واضحاً وقاطعاً.

فإن هم عارضوا وجهة نظرها، فإن تسجيلهم لأرائهم هو الضمان لبيان نواحي الخطأ والقصور في الحكم فلا يركنون إلى كثرة جانبها الحق، ولا يقتنعون لصالحها معالاة لها، ولا يعارضونها بغير حجة ظاهرة، وإنما يحرسون على الحقيقة حتى لا تحيط بها الظلمة التي تطمسها.

خامساً: أن الذين وضعوا الدستور، صاغوه في لغة عامة تاركين للأجيال القادمة مهمة مواصلة هذه اللغة مع أوضاع تتغير بطراد في الجماعة التي تعاشها.

وهذه اللغة العامة، هي التي تتحقق بها المرونة الكافية التي يواجه بها القضاء صورا من النزاع لم يكن الدستور قد توقعها، أو ما كان لها أن تثور أصلا لولا تخلي السلطتين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهما الدستورية<sup>(١)</sup>، مما حمل جهة الرقابة القضائية على تقرير حلول قضائية تقدم بها الترضية الملائمة لهذه الأوضاع.

ذلك أن قضاء جهة الرقابة على الدستورية، وإن كانوا غير مسئولين أمام أحد، إلا أنهم ضمير أمتهم وصوتها، فلا يكون تدخلهم على هذا النحو، إلا تطويراً للدستور بصورة تعمق حياته وتثريها  
A living Constitution with a Vengeance

ولئن صح القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تزدهر بغير قضائتها الذين يفسرون اللغة العامة للدستور، وتتعدد تأويلاتهم بشأنها؛ إلا أن واجبهم يلزمهم بأن يكونوا أكثر يقظة في مجال ربط نصوص الدستور ببعضها، واستخلاص ما يكون من معانيها أكثر اتفاقا مع روح العصر.

فلا تكون مناقشاتهم حول معاني الدستور، وما ينبغي أن يعتبر تطويراً لأحكامه، جدلا دائراً في غرفة مغلقة لا يتصل أحد بها. بل يتعين في مرحلة بذاتها أن تكون آرائهم معلنة وقوافا عليها وتبصيراً بها، وإلا صار نقاشهم عقيماً لا يجاوز اللحظة الزمنية التي تم فيها، ومُجْهَلاً، فلا يعرفه غير القضاء الذين أداروه.

سادساً: ويزيد من دقة الأمر أن ما يعتبر مطلوباً اليوم من جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ليس موقفاً سلبياً من الدستور. بل قوة دافعة ومتدفقة لا تُضَيِّق من حقوق الأفراد وحررياتهم أو تُضَيِّق بها، بل توسعها، ولا تغض بصرها عن أوضاع الأقلية، بل تمد يدها إليها لحمايتها، ولا تكفل لكل جماعة أسىء تمثيلها Underrepresented غير دعم يوازن بين حقوقها وواجباتها.

(١) من بين ذلك تخلي السلطة التشريعية في مصر عن تنظيم كثير من المسائل الشائكة في العلاقة بين المؤجر والمستأجر مما حمل المحكمة الدستورية العليا على التدخل فيها من خلال الحلول القضائية التي قررتها لها.

ومما يتصل بعمل جهة الرقابة على الدستورية، أن نشاطها ينبغي أن يمتد إلى مناطق غير مطروقة؛ وإلى تسعيق مناطق مألوفة دروبها؛ وإلى فرض قيم تراها الجماعة ضرورية لتقدمها، أو تكون لازمة لإصلاح شأنها<sup>(١)</sup>؛ بما يعيد التوازن في المصالح، بين قطاعاتها المختلفة.

وقد يقال بأن توكّد نشاطها على هذا النحو، يعود في مضمونه ومذاهب، إلى قضية متحررين، متوثبين، يناهضون زملاء لهم متحفظين أو خاملين، إلا أن تبسيط الأمور على هذا النحو لا يفسر النهج التقدمي لجهة الرقابة القضائية، وربما عقد هذا التفسير.

والأدق أن يقال بأن نشاطها ينبغي أن يتأثر بعدد من العوامل تعود في أغلبها إلى التدخل المتزايد للسلطة حتى في أخص الشئون؛ وإلى دخول الطبقة المتوسطة بقوتها الداعية إلى مزيد من الإصلاح في الأوضاع التي تتعامل معها؛ وإلى رحابة التعليم القانوني واتساع دائرته؛ وإلى فهم أعمق لنوع من القضايا التي تبرز فيها مصالح الجماهير العريضة Public-interest litigation؛ وإلى قوة وسائل الإعلام وضغوطها؛ وإلى رفض كل طغيان للأغلبية على الأقلية؛ وإلى ضرورة تقرير حلول كاملة تحيط بالمسائل المتنازع عليها؛ وإلى رفض أنصافها أو جوانبها الواقعية التي تدعو إليها السلطة السياسية؛ وإلى ترسم كل سلطة ضوابط المعقولة في تصرفاتها؛ وإلى أن الاقتصاد السوق ينبغي أن يكون متوازناً وخلقياً وناتياً عن الاحتكار، وقائماً على التفاضل المشروع، وغير طارد لكل مشروع صغير.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تتدخل هذه العوامل جميعها في اعتبارها، وأن تزن كل واقعة بما يناسبها، وأن تكون الحلول العادلة هي نهاية بحثها؛ فلا تعبأ في أحكامها بأثرها على المواطنين؛ ولا يقولهم أو رفضهم لها؛ ولا بأثرها على السلطة التي قد تعارضها.

(١) ومن ذلك قيم التوازن في المصالح التي فرضتها المحكمة الدستورية العليا في أحكامها الحديدة التي أبطلت بها كثيراً من النصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر Landlord-tenant relationship. إنظر في ذلك حكمها في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، قاعدة رقم (١) ص ١٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

كذلك فإن الشروط التي يقوم بها حق المرأة في إجهاض نفسها، قد تكون من بين هذه القيم، ويندرج تحتها كذلك القواعد التي تنظم حق الاقتراع العام، وشروط الاستخدام في الوظيفة العامة، وشروط استعمال الوسائل الواقعية من الحمل Birth control.

فذلك كله بعيدٌ عن مهامها، غير متصل بحدود ولايتها، ولا بالقيم التي يجب أن نراعها، ولا بالصورة التي يتعين أن تكون عليها أحكامها؛ ولا بأن يكون إقدامها متوجها بضوء الحقيقة التي نتحدد على ضوءها خطأها<sup>(١)</sup>.

---

(١) ولنا أن نتساءل أليس ضوء الحقيقة أفضل من إطلامها. وهل يتحقق للحكم الصادر في المسائل الدستورية، دوره الإيجابي في الإطلال على الحقيقة، إذا ظل رأى المخالفين لأغلبيته محجوباً. إن بعض الذين يدافعون عن نظام سرية المداولة المعمول به في مصر، هم قصاة استناموا للتواكل والميلية. ذلك أن إدائهم لأراء مخالفة بآزمهم بالاجتهاد، وهم لا يحرصون عليه. أما القول بأن إعلان القضاة المخالفين، لأرائهم، يخل بالنقطة الواجبة في الحكم القضائي، فوصم للمواطنين في مصر بالجهل، وبأنهم أقل وعياً ووزناً من شعوب أخرى.



### المبحث الرابع

#### نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية

١٠٥- لا تصدر جهة الرقابة القضائية على الدستورية أحكامها إلا في نزاع يتصل بالمسائل الدستورية التي أثارها. ويقتصر نطاق أحكامها بهذا النزاع، تكون لها حقيقتها ونهائيتها، التي لا شأن لها بجمعية لئلا الحكم الصادر فيه، ولا بتطبيق هذا الحكم بأثر مباشر. ذلك أن ما يقصد بنهاية أحكامها، هو أن تكون مستعصية على الجدل فلا يراجعها أحد فيها، كي تكون أحكامها معبرة بصفة مطلقة وحاسمة عن الحقيقة القانونية التي دونتها.

ومن ثم ترتبط للنهائية، بنصوص بنواتها أثارها الخصومة الدستورية، فلا مجرد الحكم هذه للنصوص من قوة نفاذها أو ببقائها على حالها<sup>(١)</sup>، إلا على ضوء تطابقها أو مخالفتها للدستور، ليكون قضاءه في ذلك فصلاً.

وتلك هي السلطة النهائية التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور.

وهي بعد ملطعة تتفرد بها ولا تزاحمها فيها جهة غيرها، وتسقط بسببها كل قانون يناقض الدستور<sup>(٢)</sup> حتى تعطيله وجهه الصحيح Son Vrai Visage، وإلى حد أن قرر القاضي Charles Evans Hughes بأن الدستور هو ما يقر القضاء اعتباره كذلك<sup>(٣)</sup> ذلك أن الحكم الصادر عنهم لا يتعلق إلا ببيان حكم القانون في نزاع من طبيعة دستورية معروض عليها. وهم لا يصرون حكمهم لإقناع غيرهم بالدعائم التي قام عليها؛ ولا في صورة مجردة تنسم بالتعميم؛ ولا على نحو يجاوز ما يكون

(١) لا يقصد بتجريد النصوص القانونية من قوة نفاذها، إلغاء هذه النصوص Repealing or abolishing a statute وإنما تعطيلها عن العمل، فلا تنفذ في حق المخاطبين بها An inoperative or unenforceable statute.  
(٢) أنظر حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Norton V. Shelby County, 118 U.S. 725 (1886).

حيث قررت المحكمة أن القانون المخالف للدستور باطل وليس بقانون؛ فلا يخول حقاً، ولا يقتضي التزاماً، ولا يوفر حماية، ولا يخلق أحد منصباً وهو من منظور قانوني كأنه لم يصدر قط.

An unconstitutional act is not a law, it confers no rights; it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation as inoperative as though it had never passed.

(٣) C.E. Hughes, "We are under a Constitution, but the Constitution is what the Judges say it is", "The Australian Law Journal" 98 (1982). See also; A Bickel, "The least dangerous branch", The Supreme Court at the bar of politics 264 (1962).

ضرورياً للفصل في النزاع المطروح عليهم. ولكنهم يتقيدون بالحدود الضيقة لهذا النزاع، وبما يكون لازماً للفصل فيه، وبقصد إنهائه في كافة جوانبه بصورة عملية.

وينتقد بعض الفقهاء السلطة النهائية التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور. ويذهبون إلى أن مؤداها، أن تصير تفسيراتها لأحكامه، موازية للدستور في قيمتها ومرتبها Equating the Constitution with the court's interpretation.

فلا يجوز إحضارها أو التكليل على خطئها، بالرغم من أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تتقاسمان معها تفسير الدستور، ولهما اجتهداتهما الخاصة التي قد توافق أو تناقض قضاء جهة الرقابة على الدستورية.

فلا تكون أحكامها تعبيراً دائماً عن صحيح حكم الدستور<sup>(١)</sup> وليس لها بالتالي أن تدعى أن كلمتها في شأن تفسيره، نهائية، ولا رجوع فيها.

فضلاً عن أن وصفها لأحكامها بالنهائية، هو تعبير عن دورها في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر من كونه تعبيراً عن مضمون قطعي لا رجوع فيه لأوامر الدستور.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تعتمد في قضائها على تقدير السلطة التشريعية ذاتها في المسائل المعروضة عليها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي أن يظل تفسير الدستور مفتوحاً، وإلا ينطلق طريق الاجتهاد فيه؛ وأن يتحدد معناه بأدوات مختلفة، وعبر أزمان متعددة، لا تعتبر جهة الرقابة غير إحداها. فلا يكون فهم الدستور ولا تطويره مقصوراً عليها.

١٠٦- بيد أن أوجه النقد هذه يعيها أن السلطتين التشريعية والتنفيذية، قد تعديان على نصوص الدستور من خلال تشريعات شاملة ومعقدة، تتناول مراكز قانونية مختلفة. واجتهادها في مجال فهم الدستور، وإن جاز أن يكون محل تقدير جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، إلا أن

(١) فالسلطة التشريعية تفرع على القانون على ضوء فهمها الخاص للدستور، والسلطة التنفيذية تنشر حقها في الاعتراض عليه على ضوء فهمها للدستور.

(٢) Laurence H. Tribe, "American Constitutional Law", Second Edition, pp. 33-37.

الاحتماء وراء ذلك الاجتهاد بقصد الإقلاص من الرقابة القضائية على تصرفاتهما، مؤداه أن ينقلب عدوانهما على الدستور إلى عمل مشروع.

وهو ما يتأبى على طبيعة هذه الرقابة وأهدافها. ذلك إنها رقابة قضائية لا سياسية، وتبشّرها جهة تتولى وظيفة قضائية بمعنى الكلمة؛ ولها من استقلالها وحيدتها ما يصممها من الانحياز إلى مصالح ضيقة في مجال فهم الدستور، ورصد القيم التي يحتضنها.

ويجب بالتالي أن يكون قولها في ذلك كله نهائياً؛ قطعاً لدابر كل نزاع يثار أمامها في شأن ذات الموضوع، حتى لا يعاد طرحه من جديد، خاصة وأن هذه الجهة لا تصدر حكماً في نقاط لا شأن لها بالمسائل الدستورية المتنازع عليها<sup>(١)</sup>؛ In Dictum؛ ولا توجه السلطة التشريعية كذلك إلى ما ينبغي أن تكون عليه صورة القانون بما تقره مستقبلاً من القواعد القانونية<sup>(٢)</sup>.

فلا جهة الرقابة تعلّى نفسها على السلطة التشريعية، ولا هي تتصحبها بما يجب عليها أن تفعل. ولكنها تباشر سلطة نهائية في مجال تفسير الدستور. وتظل قراراتها في شأن هذا التفسير قائمة ونافة، إلى أن يعدل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه. وهي قواعد تتسم بثقلها وطولها وتشابكها، لضمان أن يكون إقرار التعديل على ضوء نظرة هادئة باحثة ترزّ جوانبه بقدر كبير من الموضوعية، وتمحص أبعاده عبر فترة تمتدّ ربحاً من الزمن. فلا يكون التعديل عملاً مندفعاً لا تبصر فيه. بل تعقلاً ونظراً ثاقباً يبلور إرادة واعية تكفل أكبر قدر من التوافق في الآراء.

ولا كذلك مركز السلطة التشريعية التي تقوم بعملية صناعة القانون. ذلك أن تحديدتها للقيم التي يحتضنها الدستور، أو بيانها لنطاق الحقوق التي يكتفلها، لا يجوز أن يكون منهاياً لكل نزاع حولها.

وإنما الشأن في ذلك إلى جهة الرقابة على الدستورية التي تؤسس أحكامها على نصوص الدستور. لتكفل بها ترضية قضائية بالغة منتهأها An Extreme Remedy ولا يعتبر الحكم الصادر بها مرادفاً للدستور، وإنما هو ممارسة من الجهة القضائية للسلطة المخولة لها بمقتضى الدستور. A judicial ruling is not the Constitution, but an exercise of power under the Constitution.

<sup>(١)</sup> Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

<sup>(٢)</sup> عكس ذلك ما قرره جون مارشال عام ١٨٢٧م في قضية: Brown v. Maryland, 25 U.S. 12.

Wheat 419.449 (1827). التي تعلق موضوعها ببضاعة مستوردة من دولة أجنبية. ثم قرر أن المبادئ ذاتها تنطبق على استيراد الولاية بضائع من ولاية أخرى.

ولأنها فضلاً عما تقدم، تعتبر ملاذاً نهائياً The last resort لمن يحتكمون إليها في إطار وظائفها القضائية.

فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية تستطيع توقيفها مع الدستور، ولا في دستورية نصوص تستطيع إنهاء النزاع الدائر حولها، بغير الرجوع إلى أحكامه<sup>(١)</sup>.

وهي كذلك لا تبطل أية نصوص قانونية، يكون عوار مخالفتها للدستور مجرد شبهة لا مساق لها. ولكنها تفصل في مسائل متنازع عليها من خلال الخصومة القضائية، وتصدر حكمها فيها وفق الدستور والقانون<sup>(٢)</sup>.

هذا إلى أن السلطة النهائية لجهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور، تلزمها بأن تقوم أحكامها على دعائم تحيطها قوة الإقناع. وإلا صار سهلاً اتهامها بأنها تشرع لنفسها، لتفرض على الآخرين خياراتها وأولوياتها السياسية أو الأيدولوجية، بما يقيهما سلطة فوق الدستور، تعدل من قواعده يوماً بعد يوم، وكأنها تعيد كتابتها من خلال قيم تصطنعها وتفرضها. وهو ما لا يستقيم.

ذلك أن نصوص الدستور وحدها -بدلالاتها الصريحة أو الضمنية- هي ركيزتها في إبطال النصوص القانونية المطعون عليها. وليس لها بالتالي سلطة إشرافية تدعيها لنفسها لتكمل بها أو تصحح ما تراه من نصوص الدستور قاصراً أو معيباً. وإلا كان ذلك خروجاً منها على الحدود المنطقية لتفسيره Noninterpretivism<sup>(٣)</sup>.

ذلك إن إبطالها قانوناً لمخالفته الدستور، يلزمها بأن تنزل على إرادة الجهة الأعلى التي خولتها هذا الاختصاص. ولا يعدو تحريفها لإزالتها، أن يكون انقلاباً عليها بما يفقد جهة الرقابة ذاتها، مسند وجودها، ويعطيها مركزاً تتفوق به على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

(١)Wagner v. Salt Lake City, 29 Utah 2d 42, 49,504,P.2d 1007,1012 (1972) ; Hoyle v.Mousou. 606 P.2d 240 (Utah, 1980).

(٢) Gerald Gunther. constitutional law. eleventh edition. 1985. P. 24.

(٣) ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية في أحيان كثيرة، إلى إصدار أحكام مطولة يوجهون فيها نصائح إلى المجتمع القانوني في الوقت الذي تعارض فيه هذه الجهة إصدار آراء استشارية في المسائل التي يطلب منها النصيحة فيها P.69, 1969, volume two, Modern Constitutional law. .eau.

وتظل جهة الرقابة القضائية -في حدود ولايتها- هي المفسر النهائي للدستور. The ultimate interpreter of the constitution بما يقطع كل نزاع في شأن سلطتها في تحديد نطاق قانون الدستور The exposition of the law of the constitution. وأحكامها في ذلك نهائية لا يرجعها أحد فيها<sup>(١)</sup>.

١٠٧- وقد أثير موضوع نهائية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا على ضوء تطبيقها للفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها التي تقضى بأن أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية، تقيد الدولة والناس جميعهم.

ذلك أن الفقرة الأولى المشار إليها وإن أطلق المشرع حكمها ولم يقيد؛ وعمم سريانها بلا تخصيص على كافة الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية، سواء في ذلك تلك التي تتعلق بإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، أو بتقرير صحتها، أو بخير ذلك من المسائل الدستورية التي يكون الفصل فيها مفترضا أوليا، للخوض في دستورية النصوص المطعون عليها. كالفصل فيما إذا كان القانون المطعون عليه، قد زال وجوده بأثر رجعي من تاريخ صدوره؛ أم أن هذا القانون لا زال قائما صحيحا وفق الدستور؛ إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، كان لها رأي آخر في شأن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٩ المشار إليها، أبدته في الطعن المقيم في جدولها برقم ١١٨٣٨ سنة ٦٠ قضائية<sup>(٢)</sup>، ومؤداء أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، مناطها أن يكون الحكم منتهيا إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه وذلك تأسيساً منها على أن:

>>الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها؛ وأن قوامها مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التي فرضها لضمان النزول عليها. فلا تلتزم أية جهة قضائية بأحكام الصادر في هذه الخصومة، إلا إذا كان فاصلا في موضوعها، سواء بتقريره لتفاق النصوص المطعون عليها أو مخالفتها للدستور شكلا وموضوعا<<.

>>فإذا كان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية المرفوعة إليها، منتهيا إلى عدم قبولها؛ وكان الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية؛ وكان إبطالها لا

(١) Cooper v. Aaron. 358 U.S. 1. (1958).

(٢) انظر حكمه في هذا الطعن الصادر بجلستها المعقودة في ١٢ من أبريل ١٩٩٧.

يقع إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا؛ وكانت النصوص التي لا تبطلها لا يجوز وقفها؛ وكان تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية لا يصادر حق أية جهة قضائية في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها، ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح عليها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلب التفسير التشريعي؛ وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" لا يتعلق بعدم دستورية النص المطعون عليه فيها، ولا بصحة هذا النص، بل كان قضاء بعدم قبول الدعوى الدستورية ذاتها، فإن تقريراتها هذه، ولو كان منطوق حكمها مرتبطاً بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، لا يكون لها تلك الحجية الملزمة التي عنتها الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها<>.

... ذلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء هذه الهيئة في شأن عدم التزامها بكل حكم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا لا يتعلق بصحة النصوص القانونية المطعون عليها أو ببطلانها؛ فإلى أى حد كان حكمها صحيحاً وفقاً للدستور والقانون...؟

١٠٨- ويلاحظ أن قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، كان تعقيباً منها على الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيمة بجنولها رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" (١) والتي تتلخص وقائعها في أن المدعى في الدعوى الدستورية كان قد تقاضى من المستأجر - في شأن وحدة يشغلها في مبنى أنشئ عام ١٩٨٨- مقدم أجرة تزيد على سنتين، مخالفاً بذلك أحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، الذي فرض عقوبة جنائية على تقاضى مثل المقدم. وهذه العقوبة هي التي قررت المحكمة الدستورية في شأنها أنها لم تعد قائمة

(١) طلب المدعى في هذه الدعوى الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٦ و٧٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فضلاً عن المادتين ٦ و٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. وكانت المادتان المطعون عليهما في القانون الأول، قد حظرتا على المؤجر أن يتقاضى مقدم إيجار تحت أية صورة من الصور، وإلا عوقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل مئتي المبالغ التي تقاضاها. أما المادتان المطعون عليهما في القانون التالي الذي نص على سريان أحكامه في شأن مالك المبنى المئنت اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون، فقد أحرزتا تقاضى المؤجر مقدم إيجار لا يريد على أجرة سنين، فإذا حصل على أكثر منه، عوقب بالحرء الجبائي المنصوص عليه في المادة ٧٧ من القانون الأول.

بقانون لاحق- هو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦- الذى أعاد العلاقات الاجبارية جميعها لحكم القانون المبنى- وذلك إعمالاً من جهتها لهذا القانون باعتباره الأصلح للمتهم.

ومن ثم قضت المحكمة بعدم قبول الخصومة الدستورية لانتهاء مصلحة المدعى فى الطعن على دستورية جريمة نقاضى مقدم أجرة لأكثر من سنتين، وهى الجريمة التى كان القانون السابق- رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١- قد نص عليها، ثم محاها بعدئذ القانون اللاحق عليه- وهو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦.

١٠٩- وقد قام قضاء المحكمة للدستورية العليا بعدم قبول الدعوى الدستورية، على دعائم ترتبط منطقاً بها وحاصلها:

أولاً: أن الأصل فى القانون الجنائى ألا يطبق على أفعال لثاها جناتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها. La loi préalable، وإلا كان رجعيًا.

ثانياً: أن سريان القوانين الجنائية على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان محظوراً؛ إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ؛ إلا أن هذا القانون يصونها كلما كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء بإنهائه تجريم الأفعال التى كان القانون الجنائى السابق قد أثنىها، أو بتعديله ببناء العناصر التى تقوم عليها، بما يقتل من وطأة العقوبة المقررة للجريمة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى متهم تعلق القانونان السابق واللاحق، بمركزه فى مواجهة سلطة الاتهام.

ثالثاً: أن مشروعية العقوبة التى يفرضها المشرع كجزاء على الجريمة، ترتبط بضرورتها من جهة، وبامتناع رجعية أثرها من جهة أخرى كلما كان مضمونها أكثر قسوة.

ويتعين بالتالى كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم، أن تُرد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها، وأن يرد هذا القانون على عقبيه، إعلاء للقيم التى انحاز إليها القانون الجديد، وعلى تقدير أن صونها لا يخل بالنظام العام، بل يوافقه بما يحول دون انفراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكثر لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون، لحياتهم.

رابعاً: أن القوانين الجزائية التي نقارنها ببعض تحديداً لأصلها للمتهم، تستعرض <<تفاوتاتها جميعاً مع الدستور>>؛ <<توزعها على محل واحد>>؛ <<تفاوتاتها فيما بينها في عقوباتها>>، فلا نرجح من صور الجزاء التي تتعاضد على المحل الواحد، غير تلك التي تكون في محتواها، أو أوصافها، أو مبلغها Le contenu, Les modalités et quantum des peines أقل بأساً من غيرها.

خامساً: أن المشرع انتقل بحق المجرم في تقاضى مقدم الأجرة، من الحظر الكامل، إلى الحظر المنقوص، إلى إطلاق هذا الحق.

ويبدو هذا التدرج من مقارنة أحكام القوانين ٤٩ سنة ١٩٧٧ و ١٦٣ سنة ١٩٨١ و ٤ سنة ١٩٦٦ ببعضها.

فقد حظر أولها على المجرم تقاضى مقدم إيجار، أي كان قدره أو الصورة التي يتخذها. وخول ثانيها المجرم الحق في أن يتقاضى مقدم إيجار يزيد على أجرة سنتين. وأطلق ثالثها، حرية التعاقد في شأن الأماكن التي لم يسبق تأجيرها، وكذلك تلك التي صارت عقود تأجيرها منتهية قبل العمل بهذا القانون أو التي تنتهي بعده، دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

سادساً: أن القيود التي فرضها المشرع على تقاضى المجرم مقدم الأجرة، مع تفاوتها في درجتها على النحو المتقدم ثم التحلل منها، أساسها الضرورة التي عاصرتها.

وبقدر حديثها، ثم تراخيها، ثم زوالها، أقر المشرع ما يلائمها من النصوص القانونية. ذلك إن الأصل في عقود القانون الخاص هو تكافؤ مصالح أطرافها بشأنها، فلا يميل ميزانها في اتجاه مناقض لطبيعتها، إلا بقدر الضرورة التي يتعين حال تخلفها، أن تخلى مكانها لحرية التعاقد.

سابعاً: أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، لاحق على القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، وقد أعاد القانون اللاحق من جديد تنظيم موضوع تقاضى مقدم الأجرة في شأن الأماكن التي حددتها مادته الأولى، مقرراً سريان قواعد القانون المدني في شأن تأجيرها واستغلالها، وملغياً كل قاعدة على خلافها، مؤكداً بذلك استتثار أصحابها بها، لتخرج هذه الأماكن بذلك من نطاق التدابير الاستثنائية التي درج المشرع على فرضها في مجال العلاقات الإيجارية.

فلا يكون تأجيرها إلا وفق التروط التي تنطبق بشأنها إرادة موحريها مع من يتقدمون لطلبها، ولو كان من بينها تقاضى موجر مقدم إيجار عن مدة أيا كان زمنها



وهو ما يعنى أن الضرورة للاجتماعية التى انطلق منها الجزء المقرر بالقانون القديم، قد أسقطتها فلسفة جديدة تبنتها للجماعة فى واحد من أطوار تقدمها، قوامها حرية التعاقد.

فلا يكون الجزء الجنائى -وقد لابس للقيود التى فرضها القانون القديم على هذه الحرية- إلا منهجها بعد العمل بالقانون الجديد.

١١٠- تلك هى الدعائم التى قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية، ومؤداها أن الواقعة محل الاتهام الجنائى لم تعد معاقبا عليها، ولم يعد متصورا بالتالى أن تمضى هذه المحكمة فى نظر الدعوى الدستورية المطروحة عليها، ومن ثم كان قضائها بعدم قبولها، بعد أن غرض المشرع بصره عن التداير الاستثنائية للعلاق الإيجابية التى أبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها.

وهى دعائم لا ينقضها الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، إذ هو مردود أولاً بأنه وإن صح القول بأن الخصومة الدستورية فى تطبيقاتها الأعم، هى التى يكون الحكم الصادر فيها منتهيا إلى تقرير صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها؛ إلا أن أفاق هذه الخصومة تتسع لكل المسائل الدستورية التى تطرحها، وعلى الأخص ما تعلق منها بوجود النصوص القانونية المطعون عليها أو زوالها بأثر رجعى كلما كان الخوض فيها مفترضا أوليا للفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها<sup>(١)</sup>.

ومردود ثانياً: بأن حكم الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التى تسبغ الحجة المطلقة على أحكامها، جاء عاما منصرفا إلى كل قضاء قطعى يصدر عنها فى الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية بطبيعتها. ذلك أن الحجة المطلقة لأحكامها القطعية فى المسائل الدستورية، لا تخصيص فيها ولا تقييد<sup>(٢)</sup>.

(١) فالحكم الصادر بانتفاء الخصومة فى الدعوى الدستورية لسبق الفصل فيها، بحول دون تقرير بطلان جديد إذا كان الحكم السابق صادرا ببطلان النصوص ذاتها المطعون عليها، فإن كان مؤكدا صحتها، استصحابها الحكم بانتفاء الخصومة، وأبقاها على حالتها.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية المؤلفة برئاسة المستشار أحمد محمود مكى فى الطعن المقيد بجدول المحكمة برقم ١٠٤٢ لسنة ٦٣ قضائية، والطعن رقم ٢٦١٣ لسنة ٦٧ قضائية، والطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٦٤ قضائية. وجميعها صادرة بجلسته ١٦ نوفمبر ١٩٨٨.

وميرود ثالثاً: بأن مفهوم القانون الأصلح للمتهم، مؤداه أن قانونين قد تعلقا بالأفعال ذاتها التي جرمها القانون الأول، وتعلقا بالتالي على محل واحد، وإن كان القانون اللاحق قد محا العقوبة التي فرضها القانون السابق أو خففها.

كذلك فإن مفهوم القانون الأصلح مؤداه أن القانونيين السابق واللاحق موافقين للدستور<sup>٢</sup> وإن فرض العقوبة التي نص عليها القانون القديم بعد صدور قانون جديد بلغوها أو يخففها، لم يعد مبرراً بعد زوال الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها؛ وأن موازين العقوبة ومقاييسها من جهة ضرورتها وضوابط قسوتها أو اعتدالها، من المسائل الدستورية بطبيعتها، صونا للحرية الشخصية التي يخل بها إيقاع جزاء أسوأ وقعا على المتهم في شأن أفعال أتاها قبل تقريره، وبصونها جزاء أقل سوءاً، بما يحتم سريان القانون الجديد على الجريمة التي أتاها المتهم قبل العمل به.

وميرود رابعاً: بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يفترض وجود هذه النصوص قانوناً، فإذا كان المشرع قد أزالها بأثر رجعي، فإن الحكم بمسقطها، يكون فصلاً في مسائل دستورية باعتبار أن التجريم قيد على الحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها<sup>(١)</sup>.

٢

(١) أنظر في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، مقالة هامة نشرها الأستاذ المستشار عزت حنورة نائب رئيس محكمة النقض الأسبق في العدد ( ) من مجلة نادى القضاة، والتي يقول فيها أنه كان لزاماً على المحكمة الدستورية العليا أن تبحث ما إذا كانت المصلحة التي توخاها المدعي في الدعوى الدستورية التي رفعها لا تزال قائمة بعد سريان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، ولا يتحقق ذلك إلا ببعضها أثر هذا القانون على المصاد المطعون عليها.

ومن ثم كان هذا البحث مسألة جوهرية لتقرير نوافر المصلحة أو انتفائها. وقد طبعت المحكمة بأن هذا القانون أصلح للمتهم بعد أن لم تعد الواقعة محل الاتهام الجنائي معاقبا عليها، وتبنى حكمها هذا على التطبيق المباشر لتواعد دستورية، وأنه بذلك يكون ملازماً لجهات القضاء جميعها.

ويقول سيادته أن قانون المحكمة واضح وصريح في إطلاق القوة الملزمة لمعوم الأحكام القطعية الموضوعية التي تصدرها متى كان حكمها صادراً في دعوى دستورية. ولا يجوز مع هذا الإطلاق والتصميم تنقيح النص أو تخصيصه إذ لا يجوز الخروج على النص الواضح أو تأويله بدعوى تفسيره على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها التي اطرد فصلها كذلك على أنه متى كانت القرارات القانونية التي تضمنتها أسباب الحكم مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنطوقه، وداخلة في بناء الحكم وتأسيسه، ولآزمة للنهجة التي انتهى إليها، فإنها تشكل مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة. وأنظر كذلك في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، د. فتحي سرور في ص ٢٢٣ - ٢٢٩ من طبعة ٢٠٠٠ من مؤلفه الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

ومردود خامساً: بأنه كلما كان منطوق الحكم الصادر في الخصومة ل دستورية، منتهياً إلى عدم قبولها بناء على تقريراته القانونية الفاصلة في مسائل دستورية بمعنى الكلمة، فإن هذا الحكم يقيد كل جهة قضائية، فضلاً عن الكافة.

ومردود سادساً: بأن ثمة قاعدتين تجريان معاً وتتكاملان: أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلاً في الأفعال اللاحقة لنفاذه. وثانيتهما: سريان القانون الجنائي اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون جنائي سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر يسراً.

وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه، أن ثانيتهما فرع من أولاهما، ونتيجة حتمية لها. وكلتاها معاً تعتبران امتداد لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها<sup>(١)</sup>.

١١١- وبالرغم من بداهة هذا المنطق، إلا أن محكمة النقض أصدرت حكماً آخر<sup>(٢)</sup> تقرر فيه ما يناقض الأصول المبدئية لعلم القانون، وتكون في أسبابه ألفاظاً لم تجر بها اللغة القضائية، وكأنها تخوض حرباً ضد المحكمة الدستورية العليا في مسائل تتصل من مبدئها إلى منتهاها بحقوق المواطنين وحرياتهم.

فقد جاء بهذا الحكم قولها بأنها وحدها الجهة المعنية بتطبيق القانون الأصلح للمتهم، وأن مفهوم هذا القانون يتحقق، ولو في غير مسائل بالحرية الشخصية؛ بل ولو كان القانون السابق أو اللاحق، أحدهما أو كلاهما مخالفين للدستور.

ووجه الغرابة في هذا الحكم، إن مخالفة النص العقابي القديم للدستور، مؤداه بطلان النص العقابي، فلا يتعلق به قانون لاحق أبسر للمتهم.

فإن كان النص اللاحق هو الذي ناقض الدستور، انعدم أثر هذا النص في محو العقوبة التي فرضها القانون القديم أو في تخفيفها.

(١) دستورية عليا - في القضية رقم ٤٨ جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - المبدد ١٠ ٦ مارس ١٩٩٧، والقضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - المبدد ١٣ في ١٩٧٧/٣/١٧.

(٢) أنظر ما قرره محكمة النقض برئاسة المستشار فتحي خليفة في الطعن المقيد بجنول المحكمة برقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ قضائية.

بما موداه أن القانون اللاحق يستحيل أن يكون أصلح من القانون السابق، إلا إذا كانا معا موافقين للدستور، وتعامدا على العقوبة ذاتها، وبما يجعل القانون اللاحق أصون للحرية الشخصية للمتهم. ذلك أن الحرية الشخصية التي كفلها نص المادة ٤١ من الدستور، يحميها القانون الأصلح إذا أزال صفة التجريم عن الأفعال التي لثمها قانون سابق، أو جعل عقوبتها أخف.

فإذا لم يكن لقانون لاحق من شأن بالحرية الشخصية، فلن النظر إليه فسى موازين العقوبة لتقييمها، ولتحديد أخفها وأصلحها للمتهم بالتالي، يكون لغوا.

١١٢- وإن أعادت النيابة العامة -وبعد صدور حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية المشار إليه- اتهام المدعى فى الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، فقد أقام منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا، وأسسها على أن الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية، يعوق تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا فى الخصومة الدستورية المشار إليها. وقد قضت هذه المحكمة فى ملفزة التنفيذ المرفوعة إليها -والمقيدة بجدولها برقم ١ لسنة ١٩ قضائية- بالاستمرار فى تنفيذ حكمها الصادر فى ١٩٩٧/٢/٢٢ فى الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، وذلك فيما فصل فيه من اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانوناً أصلح للمتهم مع ما يترتب على ذلك من آثار، تأسيساً على أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية، تتناول تلك التى تصدر ببطلان أو بصحة النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكذلك تلك التى تصدر بعدم قبول الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ١٠/٣/١٩٩٨- قاعدة رقم ٢ - ص ٧٦٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الفصل السادس

#### الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية

١١٣- وإذا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تنتظر إلى الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة لا يرتبط تطبيقها بالضرورة، بالأوضاع التي قام عليها عند صدوره؛ وكان ذلك يخولها أن تقصر الدستور على ضوء نظرة متطورة لا تتحكم فيها غير المفاهيم المعاصرة، إلا أن هذه السلطة -وهي بعيدة في مداها- ينبغي موازنتها ببعض القيود التي تقتضيها هذه الجهة من نفسها كضوابط ذاتية على نشاطها؛ وتتطلبها خصائص وظيفتها القضائية.

#### أولاً: القاعدة للكلية للرقابة القضائية على الدستورية

١١٤- وهذه القيود الذاتية التي تفرضها المحكمة بنفسها على أحكامها، مردها إلى قاعدة كلية تحملها على ألا تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

بيد أن تفاديها الفصل في هذه المسائل قد يتخذ شكل تأجيلها<sup>(١)</sup>، وإن كان هذا التأجيل ليس مرغوباً فيه أصلاً، خاصة في مجال حقوق الأفراد وحرياتهم التي لا يجوز أن تظل النصوص القانونية التي تخل بها، في أمان من تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لتقرير صحتها أو بطلانها، رغم خطورة الآثار المترتبة على تطبيقها، وبوجه خاص كلما استطلت زمن مريائها؛ وكانت المطاعن الموجهة إليها غير ظاهر تهلوبها Patently frivolous، وإنما تساندها دلائل رجحان صحتها.

وامتناع جهة الرقابة القضائية على للدستورية عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها أو تحاشيها، يفيد بحكم الاقتضاء العقلي، ألا تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، ما لم يكن ذلك ضرورياً بصفة مطلقة Absolutely necessary.

وهذه الضرورة المتناهية في شدتها، هي التي تولزن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بضوابط الاعتدال.

(١) كان قد طرح في عام ١٩٤٣ -رأى المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية- طعن بعدم دستورية القانون الذي حظر استعمال الأزواج للوسائل الواقية من الحمل ومنع تقديم أية مشورة طبية بشأنها، ولم تفصل المحكمة في هذا النزاع -من خلال تأجيله- إلا في عام ١٩٦٥، أي بعد أكثر من اثنين وعشرين عاماً.  
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

فلا تفصل الجهة التي تباشر هذه الرقابة في خصومة دستورية قبل أوانها Premature questions ولا تنتظر في المسائل الدستورية التي تثيرها هذه الخصومة إذا صار الفصل فيها غير منتج Moot cases<sup>(١)</sup>.

وهو ما يعنى أن الفصل في المسائل الدستورية لا يجوز أن يتقدم موجباته، ولا أن يتأخر عنها. وبظل التقيد بالضرورة في درجاتها الأكثر حدة، قيّداً على الخصومة الدستورية، وذلك بالنظر إلى الآثار التي يربتها الحكم الصادر فيها على المراكز القانونية القائمة، وإحداثه اضطراباً في صور من التعامل دخل أطرافها فيها، ورتبوا أوضاعهم على مقتضى النصوص القانونية النافذة عند إبرامها. وصار صواباً بالتالي تأكيد أن جهة الرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل فى مسائل دستورية قبل توافر الضرورة التي تلجئها للخوض فيها، والتي لا يستقيم معها أن يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية المطروحة عليها، محمولاً على قاعدة دستورية تجاوز باتساعها نطاق الواقعة التي بقى الحكم عليها.

وليس لهذه الجهة كذلك أن تفصل في دستورية نصوص قانونية أفاد الطاعن من مزايها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وكذلك إذا كان النزاع حول هذه النصوص قد أفرغ في شكل خصومة وهمية، أو نصورية، أو ودية لا تبلور في حقيقتها تنازع مصالح أطرافها بصورة حقيقية وحادة.

#### ثانياً: فروع هذه القاعدة الكلية

١١٥- ويتفرع عن القاعدة التي تلزمها جهة الرقابة على الدستورية، والتي تتحاشى بها الفصل في المسائل الدستورية قدر استطاعتها، قاعدتان أخريتان، لا تنفصلان عنها، بل تكاملان معها:

(١) يكون الفصل في الخصومة عقيماً أو غير منتج إذا طرأ بعد رفعها تغيير في وقائعها أو في القانون الذى يحكمها. فلا تظهر للدعى في هذه الخصومة - بسبب هذا التغيير - فائدة من الاستمرار فيها. وهو ما يعنى أن شرط المصلحة يتعين أن يكون قائماً في الخصومة الدستورية في كافة مراحلها

Linef v. Jafco, I nc, 375 U.S. 301 (1964)

ولا كذلك الخصومة التي ترفع قبل أوانها. ذلك أن الأصل في الخصومة أن تتكامل عناصرها، وأن تكون خصومة حقيقية يجوز الفصل فيها قضاء. فإذا لم تتطور الخصومة على هذا النحو، تعين الحكم بعدم قبولها لرفعها قبل الأول. ومن ذلك أن نظام الخصومة الدستورية بناء على احتمال تدخل السلطة في حق أو حرية كفلها الدستور.

United public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947).

أولاهما: ألا تفصل جهة الرقابة القضائية، في دستورية نصوص قانونية، بكون بوسعها أن توفقها مع الدستور. بما مؤداه أنه كلما احتمل النص القانوني المطعون عليه تفسيران: أحدهما مخالفاً للدستور، وثانيهما يقيم ذلك النص وفق أحكامه، فإن التفسير الثاني يكون هو الأخرى بالألتباع<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: لا يجوز للجهة القضائية أن تتسند في حكمها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، إلى نص في الدستور، كلما كان بوسعها حمل قضائها في هذه المسائل، على أسس لا شأن للدستور بها Nonconstitutional grounds.

### ثالثاً: افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور

١١٦- وفضلاً عما تقدم، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية كثيراً ما تولى احترامها في مجال فصلها في دستورية القوانين- للسلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها، تأسيساً على أن هذه السلطة أكثر اتصالاً بآمال مواطنيها، وتعبيراً عن احتياجاتهم وأولوياتهم، وأنى نفاذاً إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها، وأعمق خبرة بكثير من المسائل التي تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية.

بما يجعل تقدير السلطة التشريعية في شئون شتى، محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تعبر عن موقفها من السلطة التشريعية تارة بتبنيها نظرية الأعمال الميسية، وطوراً باعتناقها لافتراض مؤداه أن الأصل في النصوص القانونية، هو معقوليتها ومطابقتها للدستور<sup>(٢)</sup>. ومع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وإن تحقق في مجال الشؤون الخارجية للدولة أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدوان السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها في وظائفها، يجعل بالفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرتها، ولا يرجئها.

(١) Neese v. Southern R. Co. 350 U.S. 77 (1955).

انظر كذلك:

Farm Products v. Baldwin, U.S., 194 (1934). See also, "The presumption of constitutionality", 31 Col. Law Review (1931), p. 1136.

(٢) يقال بأنه في الدول الفيدرالية التي تتوزع سلطة التشريع فيها بين الكونجرس، والمجالس التشريعية في ولاياتها، فإن إيلاء الاعتبار لاجتهاد الكونجرس يكون أكبر، وإن دلت التجربة العملية على أن المجالس التشريعية للولايات -على صعيد القوانين التي تقرأها كل منها في نطاقها الإقليمي- تكون أقل خطأ في تشريعاتها من الكونجرس.

كذلك، فإن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها Value Judgment، مردّه أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعا أعلى يزن هذه النصوص على ضوء حكمتها أو بواعثها، وعلى الأخص في مناطق يتعذر عليها أن تحيط علما بها، كتظيم السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تستراح على تقدير الطول الأفضل لها.

ولا كذلك إنكار السلطة التشريعية حقوق الأفراد وحرّياتهم، أو تقييدها لها بصورة عدوانية. وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان تبادل الآراء والأفكار في إطار من القيم التي لا يجوز إجهاضها، والتي تظل بها العقول مفتحة على كل حديد، منقبلة ما يؤيده من المفاهيم وما تزدريه، فلا يكون مجتمعها مغلقا. بل ثريا بصور من الحوار تتعدد أشكالها، وتتسم برحابة آفاقها، واتساع دوائرها.

ولا يجوز بالتالي أن تفترض دستورية النصوص التي تخل بهذه الحقوق، بل تعامل بافتراض خروجها على الدستور<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور، ترجحه المكنة التفضيلية التي تمثلها حقوق الأفراد وحرّياتهم في النظم القانونية جميعها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي، أن تزن المسائل التي تطرح عليها بمقاييس منطقية.

فما كان منها واقعا في إطار اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة الشؤون الخارجية، يظل بعيداً عنها. وما كان منها متضمنا عدوانا على حق أو حرية كفلها الدستور، تأخذ بحزمها.

وما كان من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملامتها، كانحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضرية الموحدة، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقسندر المرايا التي تمنحها لها، فإن عليها أن تستع عن تقييمها من جديد.

على أن ارتكان جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية في المسائل التي تنظمها، لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها.

(١) Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945).



بل يتعين أن يكون تبيينها لتقدير السلطة التشريعية منطقياً وملائماً، وعلى الأخص في مواجهة المسائل التي تنظمها السلطة التشريعية، والتي لا يكون للدستور قول فيها، بما يجعلها واقعة في نطاق سلطتها التقديرية التي يحكمها أصل موداه إطلاقها من القيود عليها، بشرط أن ترتبط النصوص التي تقرها -عقلاً- بأهدافها.

كذلك فإن افتراض تطابق النصوص المطعون عليها مع الدستور، لا يجوز أن يعمل في مواجهة صور التمييز التي تفرضها السلطة التشريعية بصورة تحكيمية متوخية بها تضييل بعض المراكز القانونية على بعض -كالتمييز بناء على اللون أو العقيدة أو الأصل الاجتماعي أو العرق Ancestry- رغم تماثلها جميعها في العناصر التي تكونها. بل ينبغي أن ينظر إلى كل إخلال بشرط الحماية القانونية المتكافئة، باعتباره مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: فصل نصوص القانون الواحد عن بعضها The Severability or seperability clause

١١٧- الأصل في نصوص كل قانون، هو تكاملها. فإذا حكم ببطلان بعضها، فهل يجوز تطبيق باقيها الصحيح، أم تسقط النصوص الصحيحة تبعاً لإبطال غيرها من النصوص التي احتواها القانون.

تلك هي قاعدة فصل أجزاء القانون عن بعضها. وهي قاعدة حاصلها أن إبطال الجهة القضائية لأجزاء من قانون، لا يمنعها من فصل باقيها عنها وتطبيقها استقلالاً عن الأجزاء الباطلة من القانون، إذا كان هذا الفصل يتفق وإرادة المشرع، وكان بقاء الأجزاء الصحيحة -منظوراً إليها وحدها Staining alone- كافلاً لتحقيق آثارها القانونية<sup>(٢)</sup>.

وبتعبير آخر، فإن قاعدة فصل نصوص القانون التي أبطلتها جهة الرقابة على الدستورية، عن تلك التي تظل باقية من أجزائه، تفرض لتطبيقها ألا يكون المشرع قد نظر إلى نصوص القانون في مجموعها باعتبار أن وحدة عضوية تضمها بحيث تتبادل أجزاء القانون الاعتماد على بعضها

(١) Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948). See Also, Antieau, Op. Cit. P. 694; Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

(٢) Chaplinsky V. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Stern. "Separability and Severability clauses in the Supreme Court", 51 Harvard Law Review (1937) P. 76.

البعض Mutually dependent upon one another، ويشترط أن يكون بالإمكان بعد إبطال أجزاء القانون المخالفة للدستور، أعمال باقيها الصحيح كقانون.

Unless it is evident that the legislature would not have enacted these provisions which are within its power independent of that which is not, the invalid part would be dropped if what is left is fully operative as a law<sup>(٢)</sup>.

بما مؤداه أن موضوع فصل نصوص القانون عن بعضها، يعود دائما إلى إرادة المشرع التى يتحدد على ضوءها، ما إذا كان يريد حقا أن تعمل النصوص المتبقية -استقلالاً عن غيرها- كقانون. وتُعمل جهة الرقابة على الدستورية فى ذلك حسن نظرها وحكمتها. وعليها بالتالى أن تؤيد كل قرينة بفصل فروع الشجرة -القانون المطعون فيه- عن جذورها.

فإذا دل قصده على أن النصوص التى تضمنها القانون، إما أن تعمل بكاملها، أو تهدر بتمامها، فقد صار متعينا أن يعامل هذا القانون باعتباره وحدة تتكامل أجزاؤها، وأن تسقط الأجزاء الصحيحة من القانون، بالنظر إلى ارتباطها بالنصوص المعيبة برابطة لا يقبل التجزئة. فلا يكون للقانون -فى مجموع نصوصه- من وجود.

على أن أسكنه إرادة المشرع، قد يكون أحيانا أمرا متعذرا. ولا مفر عندئذ من الاعتماد على العلاقة المنطقية الحتمية The inextricable tie التى تربط النصوص القانونية ببعضها. فإذا كان متعذرا عقلا بعد إبطال جزء منها، أن تستقل باقيها بنفسها، فإن مناط أعمال قاعدة الفصل يكون منطقيا.

ومحكمة الولاية فى الدول الفيدرالية، هى التى تقرر إمكان الفصل أو عدم جوازه، على ضوء تفصيلها مقاصد المشرع المحلى، كالتأني فى تفسير القوانين المحلية الذى يعود أمره إليها بصفة رئيسية. وحين تقرر محكمة الولاية جواز الفصل، فإن قرارها فى ذلك يقيد المحكمة العليا الفيدرالية. فإذا لم تدل محكمة الولاية بقول فى شأن إمكان الفصل، فإن على المحكمة العليا أن تعيد الموضوع إليها كى تقوم بواجبها فى مجال استخلاص إرادة المشرع<sup>(١)</sup>.

(٢) وترجمة ذلك أنه ما لم يظهر بوضوح أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية التى يدخل إقرارها فى ولايته، مشكلة عن تلك التى لا تدخل فى هذه الولاية، فإن الأجزاء الناطلة تسقط وحدها. إذا كل بالإمكان تفعيل الأجزاء الباقية كقانون.

وتفترض قاعدة الفصل بين أجزاء القانون، أن يتعلق الطعن بمطاعن موضوعية لا شكلية. ذلك أن القانون الذي لا تتوفر فيه الأوضاع الشكلية التي نص عليها القانون، لا يعتبر تشريعاً قائماً، بل يزول وجوده بكل أجزائه. ولا كذلك عيوبه الموضوعية التي يتصور معها إمكان فصل أجزائه الصحيحة الباقية، عن أجزائه المعيبة للبطلان.

وقاعدة الفصل هذه Severability Rule، هي التي تبنيتها المحكمة الدستورية العليا، وذلك فيما قرره من أن النصوص التي يتضمنها القانون، لا تعتبر ساقطة بكل أجزائها، إلا في إحدى صورتين: أولاهما: إذا كان ملحوظاً عند إقرار السلطة التشريعية للقانون، ترابط أجزائه فيما بينها، واتصالها ببعض، فلا تكون في مجموعها إلا كلاً غير منقسم، بما يؤكد وحدتها العضوية، ويجعل من المتعذر فصل أجزاء القانون عن بعضها. ومن ثم أمر يعود الفصل بين نصوص القانون أصلاً، إلى إرادة هذه السلطة التشريعية<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: إذا كان ما بقي من أجزاء القانون الصحيحة، بعد فصلها عن أجزائه المعيبة، يقتصر عن الوفاء بالأغراض التي استهدفها المشرع عند إقراره للقانون<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أنه حتى لو أفصح المشرع عن إرادة فصل نصوص القانون عن بعضها إذا تقرر إبطال بعض أجزائها، فإن شرط إجراء هذا الفصل، ألا يكون قد ظهر لجهة الرقابة القضائية على الدستورية - من خلال علاقة منطقية بين نصوص القانون - أن فصلها عن بعضها، غير متصور عقلاً<sup>(٣)</sup>.

وعلى من يدعى إمكان فصل باقى أجزاء القانون الصحيحة، عن تلك الباطلة، أن يقيم الدليل على دعواه، وأن يبرهن بالتالى على أن المشرع قصد إلى إسقاط النصوص الباطلة وحدها، لتبقى

(١) ولا معنى ذلك أن يخاف هذه الإرادة، يقيم قرينة قانونية ضد الفصل. إذ القول بمثل هذه القرينة نظر سليم. ذلك أن المشرع قد يسهو عن إعلان إرادته في شأن جواز أو حظر الفصل، فلا يبقى أمام المحكمة إلا أن تجتهد بنفسها لاستنباط إرادته.

(٢) "دستورية عليا" - للفتية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠/١٠ - من ١٣٥ - ١٣٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) Carter v. Carter Coal Co. 298 U.S. 238 (1936).

أجزاءها الصحيحة معمولاً بها. وليس بشرط أن يكون الدليل على توافر هذا القصد مقطوعاً به، بل يكفي التلليل على رجحان ذلك القصد.

ذلك أن فصل أجزاء القانون عن بعضها يناقض تكاملها Entirety، ويفترض إمكان تجزئتها Divisibility، وهو افتراض يناقض الأصل في الأشياء. وكان منطقياً بالتسالي أن تسقط المحكمة نصوص القانون بتمامها. إذا كان ما بقي منها بعد إبطال بعضها يستحيل أن يقوم وحده، أو كان إعمال هذا الباقي يناقض إرادة المشرع.

### خامساً: تطبيق القاعدة الضيق نطاقاً لحكم النزاع

١١٨- وعلى جهة الرقابة على الدستورية في مجال فصلها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، أن تصوغ في أضيق نطاق، القاعدة التي يقوم عليها حكمها في شأن هذه المسائل، فلا تجاوز في اتساعها حدود متطلباتها<sup>(٢)</sup> The narrowest language possible.

فإذا كان نطاق القاعدة التي قام قضاء الحكم محمولاً عليها، مجاوزاً في مداه، من حدود وقائعها، فإن ما وقع فيه التجاوز يكون زائداً عن حاجة الدعوى الدستورية. فلا تقوم به دعائم الحكم الصادر فيها.

ويتصل بهذا المبدأ، ما هو مقرر من أنه متى كان القانون -في مجال تطبيقه على شخص معين- لا يخل بحقوقه التي كفلها الدستور، فإن الطعن عليه بمقولة أن تطبيقه على آخرين أو على مراكز قانونية مختلفة، قد يكون مخالفاً للدستور، لا يجوز سماعه.

ذلك إن من غير الجائز أن ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية إلى تحليل كامل للنصوص القانونية المطعون عليها، يسعها في كل تطبيقاتها التي تنسم بالتعقيد والشمول. لا استثناء من هذه القاعدة، إلا إذا كان النظر في النصوص القانونية المطعون عليها، يؤكد شدة غموضها أو انسيابها؛ أو وقوعها فيما وراء السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق. إذ يتعين أن تعامل هذه النصوص عندئذ باعتبارها مشتبهة فيها من وجهها، وأن ترصد جهة الرقابة على الدستورية كل تطبيقاتها المحتملة، ووفقاً عليها وتقييماً لها.

(٢) Garner v. Louisiana 368 U.S.157(1961); United State v. Raines 362 U.S. 17.(1960).

ويرتبط بحظر تقرير جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لقاعدة تكون بمداها، زائدة على حاجة النزاع المطروح عليها، ألا تكون القاعدة التي صاغتها جهة الرقابة على الدستورية موجهة فقط لحل نزاع قائم جلية وقلته، حاضرة ظروفه؛ وإنما تصبأ لنزاع محتمل قد تنأى به الأيام مستقبلاً<sup>(١)</sup>. فلا تكون تقاريرهم المجاوزة حدود النزاع، إلا شبيهة بالأراء الاستشارية التي يبدونها فى غير خصومة<sup>(٢)</sup>.

### سادساً: تحقيق جهة الرقابة القضائية لواقعة النزاع

١١٩- وفضلاً عما تقدم، فإن الفصل فى المسائل الدستورية كثيراً يكون معلقاً على قرأ تتخذه جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى شأن حقيقة وقلتها. ويبدو ذلك جلياً عند الفصل فى دستورية إجراء اتخذ بالقبض على شخص معين أو احتجاز. إذ يتعين أن يكون هذا الإجراء معقولاً كشرط لتقرير دستوريته. ولا تتحدد هذه المعقولة إلا على ضوء عناصر الواقعة محل القبض أو الاحتجاز.

كذلك فإن مناط عرقلة حرية تداول الأراء، هو أن يكون عرضها أو ترويجها مقترناً بمخاطر واضحة حدثها، وحالة فى إحداها. وهو أمر يتصل بالضرورة بمضمون هذه الأراء وكيفية عرضها، وحدود ترويجها. وجميعها وقلع ينبغى تحقيقها قبل الفصل فى المسائل الدستورية المتصلة بها. ويتفرع عما تقدم أمران:

أولهما: أنه كلما كان للفصل فى المسائل الدستورية معلقاً على وقلتها، فإن تحقيقها يدخل فى ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ولو كانت هذه الوقائع ذاتها قد تحرنتها جهة غيرها. ذلك أن تقرير جهة الرقابة لحكم القانون فى شأن واقعة بعينها، يلزمها بأن يكون دليل ثبوتها بيدها.

ثانيهما: أن كل إخلال بالحقوق التى نص عليها الدستور، يفترض أن يتعلق بمضمونها وبآثارها القانونية In substance and effect وأن يكون مرتبطاً بوقعتها التى يحتر تحقيقها إجراء ضرورياً لإنفاذ هذه الحقوق، وإعطائها معانيها<sup>(٣)</sup>.

<sup>(١)</sup> Brown v. Maryland, 25 U.S. [12 wheat] 419 (1927).

<sup>(٢)</sup> Chester J. Antieau, Modern Constitutional law. volume two, 1969, p.699.

<sup>(٣)</sup> Norris v. Alabama, 294 U.S. 587-590 (1935).

فحق الفرد في الحرية، يقوضه أن تقوم السلطة بتعذيبه. فإذا أقر بعد تعذيبه، بالجريمة المنسوبة إليه، فإن تحقيق هذه الواقعة يكون لازماً للفصل فيما إذا كان هذا الشخص قد حوكم بطريقة منصفة تتوافر فيها كل ضمانات يقتضيها الدفاع عن حريته الشخصية وأمنه.

وبغير هذا التحقيق، فإن جهة الرقابة على الدستورية، لن تستطيع الفصل فيما إذا كان العدوان على الحق أو الحرية جوهرياً، أم أن القيود عليهما قد اقتضتها الضرورة، ومن طبيعة ثانوية لا ينحدر بها الحق أو الحرية إلى حدود لا تسمح بمباشرته عملاً.

بما مؤداه، أن الفصل في المسائل الدستورية كثيراً ما يكون ملحقاً على وقائعها التي يدل ثبوتها على وقوع إخلال بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور، فلا يكون تحريها أو استكمال ما نقص من عناصرها، إلا عملاً قضائياً واقعاً في الحدود التي نص الدستور عليها.

وكمثال على ما تقدم، فإن تعلق الطعن بمطبوع داعر، لا يخول قضاء جهة الرقابة على الدستورية، قراءة كل كلمة تضمنها هذا المطبوع لتحديد قيمته الاجتماعية، وإلا انحل عملهم إلى نوع من الرقابة يفرضونها على كل مادة بها قدر من الاستهواء أو الاستئثار.

وفي مجال الفصل في الطعون الموجهة إلى النصوص القانونية في شأن مخالفتها لشرط الوسائل القانونية السلمية، فإن كل واقعة كان لها أثر في إقناع أعضاء السلطة التشريعية بتأييد القانون أو رفضه، ينبغي أن تحققها جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

وعليها -وفي حد أدنى- أن تحقق في الأوضاع التي كانت تحيط بإقرار القانون؛ وما إذا كان قد افلح في دفع الشرور التي قصد إلى مواجهتها؛ فضلاً عن طبيعة ونطاق الأضرار التي يكون قد ألحقها بالذين عارضوه؛ وما إذا كان بإمكان السلطة التشريعية، أن تكفل تحقيق الأغراض التي توختها من القانون المطعون فيه، بوسائل أكثر معقولة.

إذاً بان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن القانون المطعون عليه لم يكن فاعلاً في مواجهة الشرور التي قصد إلى دفعها؛ أو أن هذا القانون ألحق بالمدعين في الخصومة الدستورية وبغيرهم ممن يماثلونهم في مراكزهم القانونية، أضراراً لا يستهان بها، ودون ما ضرورة، فإن عليها أن تبطل القانون لمخالفته شرط الوسائل القانونية السلمية.

وكذلك الأمر إذا ظهر لها أن الأغراض المشروعة التي توخاها القانون، كان يمكن تحقيقها بوسائل أخرى أكثر معقولة<sup>(١)</sup>.

كذلك تولى جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية اهتماما خاصا بكل واقعة يكون لها أثر حاسم في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية.

فإذا كان القانون المطعون عليه، يفرض قيودا على تداول الخمر بالنظر إلى الآثار الخطيرة المترتبة على الإسكار، والتي يندرج تحتها الإضرار بالصحة العامة وبالتقويم الخلقي ففى الجماعة، ويتفشى الفقر والعوز والجريمة، والهمم الخائرة بين أفرادها، وغلبة الفوضى في محيطها، وعلى الأكل على نحو ما، فإن هذا القانون -وبالنظر إلى هذه الوقائع التي يقوم عليها الدليل إحصائيا- لا يكون مخالفا للدستور<sup>(٢)</sup>.

#### سابعاً: رفض نظرية الخطأ المغتفر

١٢٠- تفترض هذه النظرية أن بعض الحقوق التي كفلها الدستور، قد تمسها في مجال تطبيقها مخالفة هينة يجوز تجاوز عنها باعتبارها خطأ مغتفر Harmless Error.

بيد أن هذه النظرية معيبة في ركائزها، وفي الآثار القانونية المترتبة عليها حتى ففى مجال تطبيقها بالنسبة إلى بعض الحقوق، كحقوق المتهم.

ذلك إن ضمان هذه الحقوق بكاملها يعتبر شرطاً جوهرياً لمحاكمته بطريقة منصفة لصلتها الوثقى بإدلائته أو براءته. بل أن سكوت المشرع على بيان مفردات وعناصر هذه الحقوق، يعتبر إغفالاً تشريعياً مستوجباً إبطال القانون.

ولا يتصور بالتالى أن تتحدد دستورية النصوص القانونية التي تخل بهذه الحقوق، على ضوء درجة خروجها عليها، وأن يصححها أو يبطلها خطأ يتصل بتطبيقها، على ضوء درجته، إذ ففى مخالفة واحدة لنص فى الدستور، لا تتخرج مراتبها. وحكمها هو البطلان فى كل صورها.

(١) Southern pac. Co.v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945); Bibb v. Navajo Freight lines (1959) 359 U.S. 520; Nebbia v. New York. 291 U.S. 502 (1934).

(٢) Mugler v. Kansas (1887) 123 U.S. 623,662.

ولا يتصور كذلك، أن ينحل مفهوم الخطأ المغتفر، إلى قاعدة عامة تتصل بكل الحقوق التي كفلها الدستور.

ذلك إن القول بإمكان التجاوز عن صور من الخطأ محدودة الأثر Harmless Error يفترض رصد هذه الصور في كافة مظاهر وجودها، وأن يجمعها معيار عام يسعها في كل أحوال تطبيقها، لتحديد على ضوءه ما يكون من الخطأ جسيماً فلا يجوز التسامح فيه، وما يعتبر من صورته أقل حدة بما يجيز التفاوض عنه.

فالخطأ هو المخالفة الدستورية في ذاتها، وهي لا تنجزاً بطبيعتها، ولا تكون متفاوتة في درجتها.

وليس لها من أثر سوى إبطال النصوص القانونية التي أصابها عوار مخالفتها للدستور.

يؤيد هذا النظر، أن الرقابة القضائية على الدستورية في كثير من الدول، مردها إلى مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، ولا شأن لها بكيفية تطبيقها عملاً، ذلك أن الخطأ في تأويلها سواء بفهمها على غير معناها أو بتحريفها، لا يوقعها في حماة مخالفة الدستور، إذا كانت تلك النصوص صحيحة في ذاتها على ضوء أحكامها<sup>(١)</sup>.

وربما كان لنظرية الخطأ المغتفر وجه شبه بنظرية العقوبة المبررة المعمول بها في قضايا محكمة النقض المصرية<sup>(٢)</sup>. ذلك أن نظرية العقوبة المبررة وأن كان من شأنها ألا تنقض محكمة النقض حكماً وأن المتهم بالجريمة بناء على وجه قانوني خاطئ، إذا كانت العقوبة المقضى بها تدخل

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٧ من الجريدة السليح من مجموعة أحكام المحكمة.

وعكس ذلك، الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية التي تأخذ محكمة العليا بنظرية الخطأ المغتفر في مجال الاتهام الجنائي وذلك بقولها:

There may be some constitutional errors which in the setting of a particular case are so unimportant and insignificant that they may, consistent with the Federal Constitution, be deemed harmless, not requiring the automatic reversal of the Conviction. [Chapman v. California. 386 U.S. 18 (1967)].

(٢) أنظر في نظرية العقوبة المبررة وأوجه ندها ص ٣٩٦ وما بعدها من مؤلف الدكتور فتحي سرور في النقض في المواد الجنائية طبعة ١٩٩٧.



في نطاق العقوبة التي كان يجب الحكم بها؟، إلا أن هاتين النظريتين تقتضيان خطأ غير ضار فسي أحكام قضائية صدرت بالإدانة، إلا أن الرقابة القضائية على الدستورية في مصر لا تتعلق بأحكام أصدرتها السلطة القضائية. وإنما بالنصوص القانونية وحدها كي تقابلها بالدستور للتحقق من تطابقها معها أو خروجها عليها.

#### ثامنا: الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

١٢١- لا يجوز في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في اختصاص ليس لها، ولا أن تتخلى عن اختصاص نيط بها. ذلك تسلبها من ولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، محظوران دستوريا. لا يجوز بالتالي، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو قارنتها محاذير لها خطرها.

وهي تؤكد كذلك ضرورة أن تنحصر رقابتها في حدود منطقية. فلا يكون التدخل بها مؤنساً بانفلاتها من كوابحها؛ بل متوازناً بما بصون موجباتها؛ ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكفل في أن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتهما التقديرية دون عائق من جهة أخرى.

ومن ثم تكون الضرورة في صورتها المطلقة، هي مناط تدخل المحكمة الدستورية العليا برقابتها القضائية، فلا تفصل في دستورية نص تشريعي في غير خصومة؛ أو في خصومة لا تتناقض بشأنها مصالح أطرافها بما يحقق تصالهما؛ ولا في دستوريته نصوص أفاد الطاعن من ثمارها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وليس لها أن تفصل في دستورية نصوص قانونية إذا كان يوسعها أن تؤسس حكمها في شأن النزاع المتعلق بها، على قاعدة لا نص عليها في الدستور. وعليها في كل حال إلا تفصل في خصومة دستورية قبل أوانها، ولا أن تنزل على الخصومة المطروحة عليها قاعدة من الدستور تجاوز باتساعها الحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع<sup>(١)</sup>.

#### وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٣٢/٢٧ - ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنها لا يجوز أن تنتصل من اختصاص نبط بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك -وبنفس القدر- ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، ممتنعان من الناحية الدستورية.

ولا يجوز من ثم، أن نترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لايتها صعوبات لها ورنها، أو قارنتها محاذير لها خطرها.

بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى أفاق تجاوز مقتضياتها، ولا مباشرتها دون قيود تتوازن بها.

بل يجب أن تكون هذه الرقابة -ولضمان فاعليتها- محددة طرائقها ومداخلها، جليسة أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تقرضها عليها سلطة أعلى لتحدها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً، بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها، كأداة تكفل فسي أن واحد سيادة الدستور، ومباشرة السلطين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً، وبوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص شرعي في غير خصومة، تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها، أو تجاوز باتساعها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها.

وليس لها كذلك، أن تباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه؛ وكذلك إذا كان الطرر قد أفاد من مراباه؛ أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً تحسب مشرراً

وعليها دوماً -وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية- أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته<sup>(١)</sup>.

وهذه الضوابط جميعها المعمول بها في التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، تعود جميعها في منتهىها إلى حقيقة قانونية تازمها بالآ تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

#### وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

"أن الرقابة القضائية التي تباشرها لا تعتبر إجراء احتياطياً، بل ملاذا نهائياً، وعليها بالتالي ألا تفصل في الخصومة المطروحة عليها كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها، إلى أساس آخر يستقيم معها ويصححها<sup>(٢)</sup>."

ولئن كان من المفترض في النصوص القانونية -وكأدب عام- هو حملها على أصل صحتها؛ وكان اللجوء إلى الرقابة القضائية لا يجوز إلا بوصفها ملاذاً أخيراً ونهائياً، فإن من الصحيح كذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية يفترض استولاؤها على عناصر تقييمها، وتعلق المسائل التي تطرحها، بزراع لأزال حياء، داخلاً في ولايتها، فلا يكون الفصل قضائياً فيه مجرد رخصه يجوز التسامح فيها.

#### تأسماً: تقييم ضوابط الرقابة الذاتية على الدستورية

١٢٢- وللضوابط المتقدمة جميعها لا ينافيها حكم العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية، بل هي نتائجها.

فما يقال من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل في مسائل دستورية في غير ضرورة ملجئة، مردد أن رقابتها على الشرعية الدستورية حذرة بطبيعتها، وأن الخصومة القضائية لا يجوز رفعها قبل لوانها، ولا للفصل فيها بعد أن صار النزاع عقيماً. فلا ترتجى منها فائدة لها شأن.

(١) الحكم السابق.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٢/٣٤ - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

والقول بأن حكمها في المسائل الدستورية، لا يجوز أن يجاوز حدود وقيوداتها، مسؤده أن قضاءها في الخصومة الدستورية لا يجوز أن يكون زائداً على حاجتها. ذلك أن حكمها في الخصومة الدستورية يستقيم بغير حثيائها الزائدة التي لا حجية لها لأن منطوق الحكم يقوم بدونها، فلا ترتبط به ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

ولأن الأصل في المصلحة، أن تكون قائمة، وأن يقرها القانون؛ فقد تعين القول بانتفاها في الخصومة الدستورية، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاي النصوص القانونية المطعون عليها، أو كان تطبيقها لم يلحق به ضرراً فعلياً ومباشراً.

وما قرناه من أن الرقابة القضائية على الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية، مرده أن هذه الرقابة مناطها الصهرورة. وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص القانونية المطعون عليها، عصية على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور<sup>(١)</sup>.

بما مؤده أن الضوابط الذاتية للرقابة على الشرعية الدستورية، أدخل في مجموعها وحقيقتها، إلى خصائص الوظيفة القضائية التي يتحقق مناط مباشرتها، كلما كان النزاع المعروض على جهة الرقابة حياً، وفي حدود أبعاده؛ وعلى ضوء توافر المصلحة الشخصية والمباشرة فيه أو تخلفها؛ وبما يكون وسطاً بين رقابة على الشرعية الدستورية تنسم بثورها، ورقابة من نوعها تبلور نراجعها<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن ما تقتضيه الوظيفة القضائية من تناقض مصالح الخصماء في الخصومة للدستورية كشرط لقبولها، علته أن مفهوم النزاع يفترض تحقق هذا التناقض، وأن يكون النزاع حقيقياً وحاداً. فلا خصومة بغير نزاع.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٧ - ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

(٢) راجع في ذلك الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ١٤/٨/١٩٩٤ - القاعدة رقم ٢٧/٢ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### الفصل السابع

#### الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تنطبق بها

##### المبحث الأول

##### خصائص القيود التي يتطلبها الدستور

١٢٣- تتوخى القيود التي يفرضها الدستور، أن يكون لكل سلطة أنشأها، قواعد يستقيم بها بنيانها وضوابط حركتها، ودائرة تعمل فيها، وقبما تنزل عليها، ومقاصد تبنيها؛ وأن يكون تعاونها مع غيرها واقعا في الحدود التي رسمها الدستور؛ وأن تتوافر لكل حق أو حرية الضمانة التي نص عليها بما يصون جوهرها.

والسلطان التشريعية والتنفيذية معنيان أصلا بهذه القواعد التي يقوض إهمالها قيم الجماعة وثوابتها، خاصة وأن الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاعها، ما لم يفرض الدستور عليها قيودا تبين تخومها، سواء في ذلك ما كان من هذه القيود متصلاً بالأشكال التي تفرغ فيها النصوص القانونية؛ أو بضوابطها الموضوعية التي تحتم تلاقيها مع المضمون الموضوعي لقواعد الدستور.

وفيما يجاوز قواعد الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية، فإن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تفقد مبرراتها؛ ولو كان المدعى في الخصومة الدستورية قد أقامها للنفاذ عن مثل عليا يؤمن بها؛ أو تثبيتا لقيم ينحاز إليها؛ أو توكيدا لأشكال ديموقراطية يطلبها؛ أو إنهاء لجدل يسدور حول ملائمة النصوص القانونية المطعون عليها، أو حكمتها، وما إذا كان لتقريرها من ضرورة. بل يتعين أن يستند عوارها إلى شكلية تطلبها الدستور فيها، ولكنها فارقتها؛ أو إلى ضوابط موضوعية ألزمها الدستور بمراعاتها، ولكنها نقضتها.

وفيما عدا الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، فإن كل عيب آخر، إما أن يندرج في إطار العيوب الموضوعية بمعنى الكلمة، وإما أن يأخذ حكم العيوب الموضوعية، كعيب إساءة استعمال السلطة.

## المبحث الثاني

### الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٤- يكون العوار في النصوص القانونية شكلياً، إذا قام على مخالفة الأوضاع الإجرائية التي تتطلبها الدستور فيها، سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية؛ أو ما كان منها متعلقاً بالشروط التي يفرضها الدستور في شأن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها حال غياب السلطة التشريعية أو بتفويض منها<sup>(١)</sup>.

ذلك هو الضابط العام في الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، لا يحيط بها في كل صورها، وإنما يتناولها في جوانبها الأكثر شيوعاً، وفي الأعم من تطبيقاتها<sup>(٢)</sup>.

كذلك لا يورد الدستور القيود الشكلية التي يتطلبها في النصوص القانونية، في مكان واحد، وإن كان يفرق مواضعها لا يفيد التجهيل بها، ولا يزيل عنها صفتها كضوابط إجرائية فسي النصوص القانونية. ذلك أن قيود الدستور -وكما توافر عنصر الإجراء فيها- تكون شكلية بطبيعتها.

- فالأغلبية الخاصة التي تتطلبها المادة ١٧٥ من الدستور لن تقرير الأثر الرجعي للنصوص القانونية، شكلية إجرائية لا بد من استيفائها لإجراء هذا الأثر<sup>(٣)</sup>.

- والمعاهدة الدولية التي لا يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، تنفرد إلى الشكلية التي تتطلبها المادة ١٥١ من الدستور فيها، فلا تعد قانوناً نافذاً.

### وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٥/٢ - حصة ٣ يوليو ١٩٩٥ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) أنظر في ذلك "دستورية عليا" الدعوى رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية" عليا - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٧/١٢ - حصة ٢ يناير سنة ١٩٩٣ - ص ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. مع أن هذا الحكم على أن نواحر الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور لإقرار الأثر الرجعي للمادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الصربية، يتعلق بمطاع شكلي صرف. وليس من شأن هذه المطاع أن يظهر النص المطعون عليه من مثله الموضوعية.

>>إن الطعن بعدم دستورية نص في اتفاقية دولية، إنما يطرح بحكم اللزوم توافر متطلباتها الشكلية التي استلزمها المادة ١٥١ من الدستور، ليكون لها قوة القانون، وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة(١)<<.

وعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية قرارا بقانون أصدره بتقويض منها أو في غيابها، شكلية إجرائية تطلبها المادتان ١٠٧ و ١٤١ من الدستور. فلذا أهمل رئيس الجمهورية استيفاء هذا الإجراء، صار القرار بقانون منعما منذ صدوره.

ونشر القاعدة القانونية في الجريدة الرسمية من أشكالها التي يرتبط وجودها بها.

ذلك إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، شرط لاتبائهم بمحتواها. ويفترض نفاذها بالتالي إعلانها من خلال نشرها، وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها.

ومن ثم يرتبط سريان القاعدة القانونية وحمل المخاطبين بها على النزول عليها، بواقعيتين تجريان معا وتتكاملان -وإن كان تحقق ثانيتهما محقق على وقوع أولاهما- هما واقعة نشرها؛ وواقعة انقضاء المدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها.

فإذا لم تتابعا على هذا النحو؛ وكان من المقرر أن القاعدة القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تمايز بينها وبين القواعد الخلقية؛ فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءا منها، فلا تشكل مقوماتها بوائدها.

يؤيد هذا النظر أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها ونزوع أحكامها، واتصالها بمن يعينهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها.

ومن ثم يكون هذا النشر كافلا وقوفهم على ماهيتها ونطاقها؛ حائلا دون تتصلبهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينيا، أو كان إدراكهم لمضمونها واهيا.

(١) دستورية عليا القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥/٣٠ - ص

٤٢٣ وما بعدها من المجلد التالي من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

وحملهم قبل نشرها على النزول عليها - وهم من الأغيار في مجال تطبيقها - إخلال بحقوقهم أو بحرياتهم التي كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية المألوفة التي حددت تخومها وفصل أوضاعها.

وصار أمراً مقضياً في كل قاعدة قانونية لا تنتشر، أنها لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

وغير صحيح القول بأن القاعدة القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها.

ذلك إن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تستهضئ تلك النصوص التي تم تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها.

إذ يعتبر إخضاعهم لها، تدخلاً فعلياً *Actual interference* في شؤونهم، ملحقاً ضرراً باديئاً أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

فضلاً عن أن الخصومة الدستورية لا يجوز أن تتعلق بنصوص قانونية كان تطبيقها متراخياً فلم يحن بعد أوان إعمالها *Pre-enforcement*؛ ولا بنصوص قانونية طال إهمالها، بما يفيد إرادة التخلي عنها بعد نشرها. *Dormant provisions*

فإذا كان فرضياً على المخاطبين بها، واقعاً قبل نشرها، أهل سريتها في شأنهم بتحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد الدعوان عليها عملاً مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية" عليا - القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.



### المبحث الثالث

#### ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٥- وينبغي أن يلاحظ في شأن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، ما يأتي:

أولاً: أن توافر الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص المطعون عليها، يقتضي أن تستوفى جهة الرقابة بنفسها من انتفاء كل مخالفة لهذه الأوضاع إما كان وجهها أو موقعها من الدستور<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن الأشكال التي حتم الدستور إفراغ النصوص القانونية فيها، تعتبر من قوالبها التي لا يكتمل لهذه النصوص كيانها بدونها. فإذا لم يصحبها المشرع في قوالبها هذه، زال وجودها كقواعد قانونية يتقيد المخاطبون بها بالنزول عليها، فلا نصير غير أعجاز نخل خاوية.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: <لأن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنائها أصلاً في غيبتها، لتنفذ بتخلفها وجودها كقواعد قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام<sup>(٢)</sup>>.

ثالثاً: نتحدد دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، على ضوء ما قررته في شأنها، أحكام الدستور الذي فرضها<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبه الشكلية، لا يتصور إخضاعها لخير الأوضاع الإجرائية التي كان ممكناً إدراكها عند إقرارها أو إصدارها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١/١٣ ص ١٦٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ ص ٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ١/٩ ص ٣٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك العيوب الموضوعية في النصوص القانونية، إذ مرد الفصل في توافر هذه العيوب أو تخلفها، إلى الدستور القائم وقت حسم الخصومة الدستورية.

رابعاً: الأصل في الرقابة على الدستورية التي تتركز في جهة قضائية واحدة، أنها تتناول بكافة المطاعن الموجهة إلى النصوص القانونية الشكلية منها والموضوعية. ذلك إن قصر الرقابة المركزية على المطاعن الموضوعية وحدها، مؤداه أن يعود الخوض في عيوبها الشكلية إلى رقابة الامتساع التي كان زمامها بيد المحاكم جميعها، لتفصل في توافرها أو تخلفها بأحكام يناقض بعضها البعض، بما يخل بالوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء من جهة محتواها، أو من زاوية الأشكال التي فرضها الدستور على المشرع<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا القضية رقم ٢١ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩١/١٢/٧ - قاعدة رقم ٣/١٢ - ص ٥٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### المبحث الرابع

#### النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية

١٢٦- نفترض عيوبها هذه، أن يناقش مضمون القاعدة القانونية، حكما موضوعيا في المستور.

كذلك فإن إقرار السلطة التشريعية لنصوص قانونية انحرفا بها عن مقاصد حدها الدستوري، وتكفيها بالتالي لأغراض غيبتها، مؤداه أن مقاصده من هذه النصوص من مكوناتها، فلا ينفصل بينها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها المستور في النصوص القانونية<sup>(١)</sup>.

وإذا كان من المقرر أن النصوص القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذا أفرغها المشرع في قولها الشكلية التي لا تقوم هذه النصوص بدونها، ولا يكون لها وجود بتخلفها؛ وكان من البدهي أن المسائل التي لا يقوم قضاء الحكم صحيحا قبل بحثها، تتقدم غيرها؛ وكان إحياء النصوص القانونية التي أغفل المشرع صلبها في قولها الشكلية، لا يبدو أن يكون جهدا ضائعا؛ فقد تعين القول بأن القانون بمعنى الكلمة، إنما يتمثل في تلك النصوص التي أقرها المشرع بعد استيفائها للأوضاع الشكلية التي يرتبط وجودها بها.

ومن ثم نتقدم الشكلية في النصوص القانونية، على متطلبات إخضاع مضمونها لقواعد الدستور في محتواها.

فلا تخوض جهة الرقابة على الدستورية في مطاعن من طبيعة موضوعية، قبل تقصيصها لشكلية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ وإلا كان نظرها في المطاعن الموضوعية غير متعلق بقانون بمعنى الكلمة<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٥/٢٢ ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢/٢٣ ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك ما يدعى به من تعارض بين نص قانونى مطعون فيه من جهة وبين مضمون قساعة فى الدستور تحكم هذا النص من جهة أخرى.

ذلك إن الفصل فى هذا التعارض -سواء بتقرير قيام المخالفة الموضوعية المدعى بها أو بنفيها- يفترض لزوماً استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه<sup>(١)</sup>.

ويتعين دوماً الرجوع إلى أحكام الدستور القائم، للفصل فى اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها أو تعارضها مع مضمون قواعده.

ذلك أن قواعد الدستور من جهة مضمونها، هى التى تقم مجتمعها وفق الصورة التى ارتأتها، وعلى ضوء القيم التى احتضنتها، والتى لا يجوز تحديد ملامحها وفق نصوص تضمنها دستور سابق، وإلا كان للدولة الواحدة نظامان قانونيان قائمين فى وقت واحد لكل منهما وجهة مختلفة. وهو ما لا يتصور بالنظر إلى هذين النظامين يتصادمان بالضرورة، ولا يعقل بالتالى تطبيقهما فى آن واحد، وإنما يتبين أن تكون الغلبة للدستور القائم وحده ليحكم كافة العلاقات القانونية التى تثار فى ظلّه، سواء فى ذلك ما نشأ منها سابقاً على نفاذه أو بعد العمل به.

ويتعين بالتالى تحذية الدستور القديم عند الفصل فى المطاعن الموضوعية حتى لا يفرض هذا الدستور الفلسفة التى كان يقوم عليها، على أوضاع قائمة بنبذها<sup>(٢)</sup>.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التى ينبغى أن تقوم عليها الجماعة، والتى ترتبط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنيانها ومدخل تكوينها، تقتضى إخضاع القواعد القانونية جميعها - وأياً كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم، لضمان اتساقها والمفاهيم التى أتى بها، فلا تتفوق

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢/١٢ و ٣ و ٤- ص ١٤٥ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) لو تصورنا أن الدستور القائم تبنى نظاماً اشتراكياً كاملاً على خلاف دستور سابق يحكمه توجه رأسمالى، فإن دستورية القوانين المطعون عليها لميب موضوعى، تتحدد على ضوء الأفكار الاشتراكية لا الرأسمالية.

هذه القواعد -في مضامينها- بين نظم مختلفة يناقض بعضها البعض، بما يحول دون جريانها وفق الضوابط ذاتها التي يتطلبها الدستور القائم في شأن تلك القواعد، كشرط لمشروعيتها الدستورية<sup>(١)</sup>.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن قواعد الدستور في جوانبها الموضوعية، هي التي تعكس القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها. فإذا جاوزتها النصوص القانونية المطعون عليها، صار إبطالها لازماً<sup>(٢)</sup>.

ولا يعتبر رفض جهة الرقابة على الدستورية للمطاعن الشكلية الموجهة إلى النصوص القانونية، مظهرًا هذه النصوص من مثالبها الموضوعية، بل يجوز النظر في عيوبها الموضوعية بعد رفض مطاعنها الشكلية<sup>(٣)</sup>.

ولا كذلك قضاء جهة الرقابة على الدستورية في شأن تحقق العيوب الموضوعية في النص القانوني المطعون فيه. ذلك إن فصلها في هذه المطاعن، يفيد ضمناً وبالضرورة- استيفاء هذا النص للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه، بما يحول دون بحثها من جديد<sup>(٤)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨١ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١/٩٦ - ص ١٢٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - المساعدة رقم ٨/١٢ و ص ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - القاعدة رقم ١/٣٦ - ص ٣٣٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ - ص ٥٣ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

### المبحث الخامس

#### الحجية المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية

العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً

١٢٧- وسواء كان إبطال المحكمة للنص القانوني المطعون عليه، مرده إلى شكايه فوتها، أو إلى خروجه على حكم موضوعي في الدستور، فإن النص في الحالتين يتجرد من قوة نفاذه، فلا يجوز تطبيقه، وعلى الأخص من قبل سلطات الدولة جميعها بما فيها السلطة القضائية. بل أن الحجية المطلقة التي يحوزها قضاء المحكمة فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، تقييد كذلك الناس جميعهم، وبتجريد النص القانوني المطعون عليه من القوة التي كان يحوزها قبل الحكم بعدم دستورية، بنعدم وجود هذا النص، فلا يبقى موجوداً على صعيد الحياة القانونية بعد زوال كل الآثار التي كان يرتبها. ولا يتصور بعدئذ تقرير بطلان جديد في شأن هذا النص. ذلك أن تقرير بطلان جديد في شأن نص لم يعد موجوداً، مؤداه أن يرد البطلان الجديد على نص قانوني غير قائم، وهو ما لا يسوغ فسي حكم العقل<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٤٤/١/١ - قاعدة رقم ١/١ ص ١١٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة ٣/١٥ ص ١٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفصل الثامن

#### الرقابة القضائية على الدستورية: موجهاتها

١٢٨- تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية مهامها باعتبارها حامية للدستور، وعليها بالتالى أن تحدد نطاق تطبيقه ومعانيه من خلال تفسيرها.

ذلك أن تطبيقها للدستور على واقعة بعينها، يقتضيها أن تعطى لأحكامه دلالتها، وأن ترد إليها ونقيس عليها، الأعمال التى تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، خاصة مع غموض الدستور فى كثير من جوانبه.

وبظل اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية متواملا فى مجال تحديدها معانى الدستور، ومتواليا على صعيد إحدائها حقوقا جديدة لا نص عليها فيه، وإن اعتبرتها من فيض قواعده لتبتعد أحكامه شيئا فشيئا عن الصيغة التى أفرغ أصلا فيها، ول يظهر الدستور فى النهاية وكأنه موجود ظلل باهتة للصورة الأولى التى كان عليها، وعلى الأخص من خلال مبادئ دستورية تضيفها إلى الدستور، وكأنها تقوم بعملية خلق لوثيقة جديدة لها ملامح مختلفة عن الصورة التى كان الدستور عليها.

ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحا فى الدول الفيدرالية حيث تقيم جهة الرقابة القضائية على الدستورية، رباطا وثيقا بين ولاياتها من جهة، وبين القيم التى احتضنها دستور الاتحاد من جهة أخرى، لتمد دائرة تطبيقها إلى أقاليمها بكل مكوناتها، إلى حد القول بأن جهة الرقابة على الدستورية لم تعد تفسر القانون، ولكنها تصنعه من خلال مفاهيم توجهها، وتتخذها نقطة انطلاق لأحكامها فى بنائها ودعائها. لا قيد عليها فى ذلك، إلا أنها تفصل فى خصومة قضائية لا تخولها صناعة القانون فى صورة مجردة، وإنما على ضوء الواقعة المتنازع عليها، وفى إطارها<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن لأحكامها، موجهاتها التى تتعدد أشكالها، وإن أمكن رصد بعض جوانبها وأهمها:

(١) Ruggero J. Aldisert, "The Role of Court in Contemporary Society" Views From The Bench. pp.257 - 260.

### المبحث الأول السوابق القضائية

١٢٩- في الدول التي يقوم نظامها القضائي على اعتماد السوابق القضائية، يكون لهذه السوابق أثر كبير في تشكيل القواعد القانونية، وثباتها.

بيد أن السوابق القضائية قد تعوق أحيانا تطوير هذه القواعد إذا حال التقيد بها دون تصحيحها من الأخطاء التي اعترتها. ذلك أن إبقاءها على حالها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه دوام الأضرار التي قارنتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تؤثر السوابق القضائية -وإلى حد كبير- في دور جهة الرقابة على الدستورية إذا انحاز قضاتها إلى القديم، من خلال تطبيقهم سوابق قضائية بعد زمنها، ولو كان تغييرها مطلوباً، وخطؤها فادحا، وكأنهم يتحركون في دائرتها، ويعتصمون بمبادئها، رغم إيمانهم بأن السوابق القضائية تحول بطبيعتها دون تغيير مضمونها بما يوائمها وروح العصر؛ وأنها تتمحصر إعناتا بتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صبوا هذه السوابق في قولها؛ وأحاطها من تبعهم بالجمود من خلال الإصرار على تطبيقها؛ نكولا من جانبهم عن إعمال حكم العقل في مسائل دستورية لا يجوز أن تحول السوابق القضائية -بضغوطها- دون النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد منفلقا، ونراضيمهم مطردا على الإذعان لأصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها؛ حال أن الفصل في الخصومة القضائية مرتبط بوقائعها في زمن حدوثها، وبما هو قسائم من ظروفها عند اتخاذ قرار فيها.

ومن ثم تكون السوابق القضائية في واقعها قيداً على تطوير الدستور، وإن كان الخطأ محتمل فيها، وكان تصويبها ليس فقط مجرد ضرورة يقضيها أن يظل القانون حيا وقاعلا، بل كنسك لرد أضرار قارنتها، وأثار سينة لا يستها، بما يجعل العدول عنها ضمانا جوهرية تحسول دون تأييدها، وعلى الأخص كلما كان تعديل الدستور لازما لتجاوز السابقة المعيبة، وكان لا يجوز إجهاضها من



خلال قانون يصدر عن السلطة التشريعية، مثلما هو الأمر في المملكة المتحدة التي يستطيع برلمانها إصدار كل سابقة يعارضها<sup>(١)</sup>.

وينبغي بالتالي، أن يكون للسوابق القضائية دور محدود في نطاق الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون لجهة الرقابة القضائية على الدستورية مفاهيم خاصة بها، لا تنقيد فيها بآراء سابقة لأخرين صاغوها على ضوء اجتهاداتهم التي لا يجوز أن تفرض نفسها على أفكار غيرهم، وإلا انقلبوا ترجيحاً لأسواتهم، يرددونها في غير وعى، أو دون بصير بخطورة نتائجها، وعدم محصلتها، وسوء عاقبتها. ليظهر قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وكأنهم تقمصوا شخصية الأقدمين، يتحدثون بلسانهم، وينطقون بكلماتهم، ويعايشونهم.

وليس ذلك إلا لهواً وعبثاً عريضاً لا يغتفر، ذلك أن التقيد بالسوابق القضائية، يفيد بالضرورة معاملتها كحقيقة ثابتة لا يأتيتها الباطل من بين يديها ولا من خلفها؛ وتطبيقها بالرغم من سونها، ومحاكاتها في الأفكار الرجعية التي عضنتها<sup>(٢)</sup>، وبقاؤها بجيوبها وملامحها الشائنة إذا لم يُعدل الدستور لتجاوزها<sup>(٣)</sup> أو تُحل عنها جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي لا يجوز أن تسترقها سوابق قضائية قديمة ترتبط بوقائعها، وبالأوضاع القائمة في زمنها، خاصة وأن فرائض الأُمس أو مفترضاته، قد تظهر اليوم باعتبارها من الأساطير أو صورا من الخيال والأوهام.

كذلك فإن القوانين التي كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها استجابة معقولة لأمال الجماعة التي عايشتها، قد تنقضها اليوم احتياجاتها الجديدة، أو تنحيها بدائل وحلول أكثر معقولة من تلك التي تبنتها هذه القوانين من قبل.

فضلا عن أن القيم التي ترعاها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها، قد تنقضها قيم جديدة تحتضنها في طور آخر، فلا يكون صونها إلا مقتضيا تعديل السوابق القديمة، أو إبدالها.

(١) تتخذ السيادة في المملكة المتحدة للبرلمان الذي يستطيع وفقا للعبرة المشهورة، تغيير كل شيء إلا أن يجعل المرأة رجلا، أو الرجل امرأة.

ولا كذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث لا يملك الكونجرس سلطة نقض حكم صدر عن محكمة العليا، وهو ما اقتضى إدخال التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي لنقض حكمها الصادر في قضية Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)، وإدخال التعديل السادس عشر لنقض حكمها في قضية:

Pollock v. Farmers' loan and Trust Co. 157 U.S. 429 (1895).

(٢) Jackson, Struggle for judicial Supremacy (1941), p.295.

(٣) Bernhardt, Supreme Court Reversals on Constitutional Issues. 34 Cornell L.Q 55 (1948).

ولا يجوز بالتالى أن تعزل جهة الرقابة القضائية على الدستورية نفسها عن المفاهيم المتفسرة للقيم، وكأنها بعيدة عن إدراكها (١).

وليس سائغا فى حكم العقل، أن تظل السوابق القضائية عvisة على التعديل، بالرغم من أن الذين صاغوها هم قضاة من البشر، يصيبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعها تعبيراً عن حقيقة لا تتبدل.

ولا جرم فى أن لكل جهة قضائية تباشر الرقابة على دستورية القوانين، عثراتها، ولها كذلك تجاربها التى قد يصيبها التوفيق أحياناً؛ أو يكون إهدارها لحقائق العدل فى أخص مكوناتها، جلياً (٢).

فالقضاة فى كل بلد يفصلون فيما يعرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم.

وعليهم -ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً- تقويم ما أعوج من أحكامهم التى لا تبلور فى حقيقتها غير خبراتهم الاجتماعية التى لا تصدق نتائجها دوماً، خاصة فى نطاق المفاهيم الدستورية التى يتعين ضمان نموها.

ولا يليق بقضاة لا يعايشون الأوضاع ذاتها التى عاصرها الأقدمون، أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار الرجعية ذاتها التى روج أسلافهم لها فى عهود مختلفة والتى كان لها أسوأ أثر على تشكيل القواعد الدستورية وتطويرها (٣).

Precedents in constitutional law are the most powerful influence in forming and supporting reactionary opinions.

(١) وليس أدل على فساد نظام السوابق القضائية من أنه خلال الفترة من ١٨١٠ حتى ١٩٥٧، نقصت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تسعون قرأراً سائفاً صدر عنها فى بعض القضايا من بينها ستون قضية كانت المسئول المثار فيها من طبيعة دستورية

Antieau, Modern Constitutional law, volume Two, 1969, p. 707.

(٢) ومن ذلك ما كانت تؤمن به المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية من أن حضور محام مع المتهم فى خياصة ليس أمراً جوهرياً لضمان محاكمته بطريقة منصفة، ثم عولها عن حكمها هذا فى قضية:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(3) Douglas, Stare Decisis, 49 Col. law Review, 1949, pp. 735, 736; Jackson, Struggle for Judicial Supremacy (1941), p. 255.

### المبحث الثاني

#### مقاصد آباء الدستور

#### Intent of the Framers of the Constitution

١٣٠- يقصد بآباء الدستور، هؤلاء الذين صاغوه بأفكارهم وعباراتهم، ليظهر الدستور -وكما كان مواكبا لتطور النظم الديمقراطية- باعتباره متوخيا حماية الحرية الفردية، داعما انطلاقها إلى أفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصما من جموح السلطة أو انفلاتها، وبما يحدد للجماعة إطاراً لمصالح تصون بها مقوماتها(١).

ومن ثم لا تصدر الدساتير عن آباء غير شرعيين. ولكنها تولد بيد هؤلاء الذين كان لهم فضل خلقها وإنباتها، فلا تكون مقاصدهم من النصوص التي تضمنتها بعيدة عن معانيها، وعلى الأخص كلما دار حوار عريض حول حقيقة هذه النصوص ومراميتها من خلال مؤتمر أو جمعية تبنيتها، بعد وقفها على جوانبها، وتعرفها على مشكلاتها، وأثارها العملية.

كذلك، فإن كل تعديل يرد على الدستور، لا يأتي من فراغ، بل تدعو إليه ضرورة ملحة تكشفها الأعمال السابقة على إجراء التعديل، وكذلك الأعمال المفضية إليه، فلا يكون التعديل منفصلا عن جذور ضاربة في الأعماق، هي التي تتحراها جهة الرقابة على الدستورية، وتستلهمها في أحكامها.

ويظهر ذلك على الأخص على صعيد وثائق إعلان الحقوق التي لا تنتزع مفاهيمها عنوق ولا تتساقط نصوصها من مكان مجهول. وإنما تمهد لها أفكار سابقة عليها، وتحرض على تبنيها وتدعو إليها، حقائق اجتماعية واقتصادية آمن أصحابها بها وروجوا لها، وجذبوا إليها من يناصرونها. فلا يكون التخلي عن هذه الأفكار والحقائق، إلا فصلا لوثائق إعلان الحقوق، عن الأوضاع التي أحاطتها وأنتجتها.

ولا كذلك آراء أشخاص لم يكن لهم دور في تكوين بنين الدستور أو وثائق الحقوق. ذلك إن ما تعطيه جهة الرقابة من وزن لهذه الآراء، لا يدعو أن يكون محض تقدير من جانبها لوجهة نظر بذاتها.

(١) "تسوية عليا" - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١/١٥ - ص

١٤٠ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

على أن الأعمال التحضيرية لنصوص الدساتير وتعديلاتها، ولوثائق إعلان الحقوق، وإن ساع الاستهداء بها لفهم أحكامها، ولتحديد غاياتها بصورة تقريبية؛ إلا أن التقيد بها والنزول عليها، وتطبيقها كحقائق ثابتة لا نزاع فيها، أمر ينبغي أن يؤخذ بأكبر قدر من الحذر.

فقد تناقض هذه الأعمال، ما آل إليه أمر هذه النصوص في صيغها النهائية. وحتى إذا وافقتها، فإن مضامينها وأبعادها، تتأثر غالباً بوجهة النظر الشخصية والمياسية لهؤلاء الذين ألفوها؛ وبما افترضوه من حقائق وأوضاع اقتضتها في زمنهم؛ وبما تصوروه بعضهم من قيم انفرد بها، ولو عارضه آخرون فيها.

بل إن معاني النصوص التي تضمنها الدستور، يمكن كشفها على ضوء ما طرأ على صياغة هذه النصوص من تغيير خلال المراحل المختلفة لتكوينها، وعلى الأخص إذا كان من صاغوها قد أدخلوا تعديلاً عليها قبل أن تظهر في صورتها النهائية، سواء بحذفهم لعبارة منها، أو بإسقاطهم مصطلحها أو كلمة قدروا أنها في غير موضعها، أو لأنها تبلور توجهها بضيقون به، أو تعطى لعبارة النص معنى لا يرغبون فيه.

ولا يجوز بالتالي، أن ينظر إلى هذه النصوص باعتبارها من خلق إرادة جازمة أحدثتها، فسي الصورة التي هي عليها. إذ هي في واقعها نتائج آراء متفرقة، جمعها التوافق في بعض أجزائها، أو فارقها التعارض في بعض جوانبها.

فلا تبلور هذه الآراء غير المفاهيم التي أمن بها أصحابها في لحظة زمنية معينة كان لها متطلباتها. ولا يجوز بالتالي اعتبارها موقفاً ثابتاً لا ينقض حتى بوصفها وجهة نظر حرصوا عليها، أو إملاء يحكم تفسير الدستور.

ومع ذلك، تظل الأعمال التحضيرية للدستور، وما اتصل بها من الحقائق التاريخية، إطاراً خلفياً لنصوصه يقتضى وضعها قدر الإمكان، قريباً من مقاصد الرجال الذين قاموا بتشكيلها، وعلى الأخص ما تعلق بالثبوت التي أرادوا دفعها؛ وبموطن الخل في مجتمعهم التي قصدوا إلى تقييدها؛ وبأخطاء الماضي التي عمدوا إلى تجنبها؛ وبخاوفهم من إحيائها(١)؛ وبالأغراض التي حرصوا على تحقيقها.

(١) تضمن دستور جمهورية مصر العربية، كثيراً من النصوص التي صاغها لمواجهة أخطاء الماضي وتجاربه السنية، من بينها نص المادة ٤١ التي تكفل ضمان الحرية الشخصية؛ ونص المادة ٤٢ التي تمنع إبداء الشخص أو تعديبه؛ ونص المادة ٤٥ التي تكفل حرمة الحياة الخاصة؛ ونص المادة ٥٧ التي ترقى بالاعتداء على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور، إلى مرتبة الجريمة؛ ونص المادة ٧١ التي تخول كل من قبض عليه حق إيلاع من يراه بما وقع عليه.

ولا يكون ملائماً بالتالى إعمال هذه الأعمال التحضيرية أو الحقائق التاريخية من كل جوانبها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالمعاض من نصوص الدستور التى لا تجليها أحيانا إلا مصادر خارجية تعطى لهذه النصوص مناخها، ومحيطها الاجتماعى.

ولقد ظل واضحا فى أذهان كثيرين، أن لكل خصومة قضائية تفصل فيها جهة الرقابة على الدستورية، مشكلاتها التى تنتم بتعدد عناصرها، ولا تفلح فى حلها، لا الحقائق التاريخية، ولا مقاصد آباء الدستور، خاصة وأن التقارير التى تعد عن الدستور بعد إقراره أو الأعمال التحضيرية التى تعاصرهم، أو تنكلمهم، كثيرا ما تكون فقيرة فى مادتها، فلا تلقى ضوءا واضحا على مقاصد هؤلاء الذين اقترحوا نصوص الدستور، أو ناقشوها وأقروها، بل يتعين التحوط فى استخلاص نواياهم، بالنظر إلى أنهم ما تطرقوا إلى النصوص التى بحثوها إلا من منظور عام، فلا تكون هذه النوايا قاطعة فى مواجهة المسائل التفصيلية التى تثيرها الخصومة الدستورية، بل قاصرة عن تغطيتها.

وربما كان من الأوفق أن تستظهر جهة الرقابة على الدستورية، العلاقة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور من جهة، والمخاطر التى قصد آباء الدستور إلى توقيها من جهة أخرى.

فكلما كان تطبيق هذه النصوص مؤديا إلى هذه المخاطر، أو كان موطنها لها، فإن الحكم بعدم دستوريته، يكون لازما<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن على جهة الرقابة أن تنظر إلى نصوص الدستور باعتبارها متطورة بطبيعتها، وأن مقاصد الرجال الذين صاغوها لا تعمم دائما الأوضاع الجديدة التى تعاشها هذه النصوص. Inconclusive؛ وأن تحليل نفسيهم لن يقدم إلى هذه النصوص شيئا ناعما.

(١) School Dist. Of Abington Twp. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

### المبحث الثالث

#### القانون الطبيعي

١٣١- لا يعتبر القانون الطبيعي نتاج عمل يصدر عن الدولة أو أجهزتها. بل هو مجموعة من القيم المابقة في وجودها على القواعد القانونية الوضعية. وهي قيم جوهرها العدل، وتعرضها أو تلعبها وثائق الحقوق، ولا تتشبهها، وينظر إلى الإخلال بها باعتباره من صور الاضطهاد Opression التي تجب مقاومتها (١) Devoir de résistance à l'oppression.

وكان منطقياً أن ننظر هذه الوثائق، إلى الحقوق الطبيعية، بوصفها حقوقاً لا تتقدم، ولا يجوز للنزول عنها؛ وترقى في أهميتها إلى حد تقديمها (٢).

والرجوع إلى النظم القضائية في القانون المقارن، يدل على تسليمها بأهمية القانون الطبيعي، وأنها تحيل إلى هذا القانون في كثير من أحكامها (٣) ولم يقتصر دور القانون الطبيعي على بيان الحقوق الأساسية لكل إنسان، ولكنه أعان القضاء كذلك على تحديد مضمونها وبيان نطاق القيود التي يجوز فرضها عليها.

فضلاً عن أن الاهتمام بالحقوق الطبيعية، نقلها من وثائق إعلان الحقوق إلى الدساتير ذاتها كنص المادة ٤١ من دستور جمهورية مصر العربية التي تنص بأن الحرية الشخصية حق طبيعي.

كذلك تنص الفقرة ٢/ من المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني وفي إشارة منها إلى الحقوق الطبيعية- على أن للمواطنين -ومن أجل تأسيس كل جماعة إنسانية، ولضمان صون السلم وتحقيق العدل- حقوقاً لا يجوز انتهاكها ولا إخضاعها للتقدم.

(١) François Luchaire Je, "Coneil Constitutionel, Economica, 1980, p. 9.

وتنص المادة الثانية من الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٨٩ على أن الحقوق الطبيعية للإنسان والتي لا يشملها التقدم، هي الحرية والملكية وضمان مقاومة الطغيان.

(٢) ويعترف هذا الإعلان كذلك بأن الحقوق الطبيعية للإنسان لا تقل التصرف فيها Inaliénables وإنها كذلك حقوق مقدسة Sacrés.

(3) Charles Debbasch- Jacques Bourdon- Jean Claude Ricci, Jean- Marie, Pontier Droit constitutionnel et institutions politiques, 3 e édition, pp. 4-5.

وبالغ المؤيدون للقانون الطبيعي إلى حد القول بأن ما تقره السلطة التشريعية أو تصدره السلطة التنفيذية من النصوص القانونية، لا يزيد على أن يكون مجرد تعبير عن مفاهيم القانون الطبيعي؛ وأن وجود هذه النصوص أو حياتها القانونية، رهن بتحقيقها لهذه المفاهيم، وإلا تعين إدارها بقدر تعارضها معها.

وهو نظر غير سديد. ذلك أن سلطة الدولة تخولها إقرار النظام في إقليمها من خلال قواعد قانونية تصوغها بنفسها، وتواجه بها الأوضاع التي تحيط بها، وتكفل من خلالها صون حقوق الأفراد على الأشياء التي يتقاسمونها. كذلك حرص القانون الطبيعي على صون وجود الدولة من المضاطر الحالة للظاهرة التي تحيط بها وتهدها.

على أن المؤيدين للحقوق الطبيعية عضدوا رأيهم بالقول، بأن الناس منذ خلقهم كانوا أحراراً، وأن ضمانهم لحريتهم حملهم على الدخول في عقد اجتماعي يكون منهيًا لحالتهم البدائية، ومنتهياً إلى تأسيس السلطة السياسية التي تكفل لحقوقهم ولحرياتهم ضماناتها التي ما نزل الأفراد عن شيء منها، إلا بقصد تحقيق التماسك الاجتماعي لهذه السلطة.

وفيما عدا هذه الدائرة المحدودة للنطاق، فقد احتفظ المواطنون لأنفسهم بتلك الحقوق والحريات التي لا يجوز للسلطة السياسية أن تمسها. وما وثّق إعلان الحقوق غير ترديد لحرياتهم ولحقوقهم هذه.

والفهاء والقضاة الأمريكيون يرجعون كثيراً من مفاهيم الدستور الأمريكي إلى القانون الطبيعي<sup>(١)</sup> - وهو قانون يقوم في مجمل أحكامه على حقائق العدل التي يدركها العقل - وهم يؤيدون رأيهم قائلين بأن كافة الحقوق التي أدرجتها في صلبها الوثائق الأمريكية لإعلان الحقوق، لها جذورها من القانون الطبيعي<sup>(٢)</sup>، وأن لغتها في التعبير عنها، هي أنها حقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، أو التعامل فيها؛ وأن الحقوق التي نصفها اليوم بالحقوق الأساسية fundamental Rights، جميعها حقوق نظر إليها آباء الدستور The Framers بوصفها من الحقوق الطبيعية التي يندرج تحتها، حرية

(1) The Debt of American constitutional Law to Natural Law Concepts, 25 Notre Dame law 258 (1950); Hains, Law Nature in State And Federal decisions, 25 Yale Law Journal, 617 (1916).

(2) Antieau, Rights of our Fathers , Coiner Pub., Vienna, Va (1968).

الاتصال والانتقال والاجتماع<sup>(١)</sup> وحقوق الملكية، وحق البدن في التحرر من القيود غير المبررة، والحق في الحياة وفي تكامل الشخصية، فضلاً عن حرية العقيدة التي لا تخول أحدًا حرمان غيره من تولى وظيفة مدنية بالنظر إلى العقيدة التي دخل فيها.

وهي بعد حقوق لا يجوز للدولة أن تدخل بها، ولو بقانون صدر عن أغلبية برلمانية. ذلك أن الطغيان *Depotism* هو الطغيان. وما يوجه النظم القانونية في الدول الديمقراطية، ويجعلها أدخل إلى مفاهيم القانون الطبيعي، هو إنصافها.

بل إن الوسائل القانونية السليمة في تطبيقها المعاصر، تبلور في حقيقتها مفاهيم القانون الطبيعي التي يقارن الإخلال بها جزء من الدستور. وهو بذلك ينظم قواعد مبدئية خلقية غائرة في التقاليد، عميقة في الوجدان، إلى حد إلحاقها بالحقوق الجوهرية التي تظاهرها الحقائق التاريخية في النظم المدنية<sup>(٢)</sup>.

بما مؤداه اتصال القانون الطبيعي بموازين الحق والعدل التي تتوارثها الأجيال، وكذلك بالقيم التي تنتميها الدول الديمقراطية فلا تطحنها بقوتها لنظلم بعدها بعيدة عن كل إخلال غير مبرر بالحق في الحياة أو بالحرية أو بالحق في الانتقال، أو بالحق في تحرير البدن من القيود الجائرة للقبض أو الاعتقال، وكذلك بالحق في ألا يشهد الأشخاص -جبراً- على أنفسهم بما يدينهم.

(١) الحق في الاجتماع لأغراض سليمة كان سابقاً على وجود الدساتير ذاتها، ومكفولاً من الأمم المتحضرة جميعها باعتباره من الحقوق التي لم يكتفها أحد لغيره. ويلاحظ أن الحقوق الطبيعية تطورت منذ منتصف القرن السابع عشر من خلال مدرسة القانون الطبيعي، ثم اعتنقها ودعّمها الفلاسفة الفرنسيون في القرن الثامن عشر من أنصارها لوك وجان جان روسو.

Jacques Robert, *Droits de L'homme et Libertés Fundamentales*. 6 e édition, pp. 34- 35.

(2) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934); Solesbee v. Balcom, 339 U.S. 9 (1950); Hains, *Revival of Natural law*, Cambridge (1930), p. 347.



### المبحث الرابع التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحررياتهم

١٣٢- التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحررياتهم -تشريعا كان أم قضائيا، ثراث للبشرية فى مجموعها، لا تعزل الدول المعاصرة نفسها عن محتواه، ولا تضيق به أو تحييه كلية. ولكنها تستلهمه فى خطاها، بشرط اتفاق القيم التى يقوم عليها هذا للتنظيم، أو تقاربها، مع مفاهيم الدول التى تتأثر بها.

ويظهر ذلك بوجه خاص فى الدول الفيدرالية التى يكون لكل ولاية فيها دستورهما الخاص بها.

ذلك أن المحكمة العليا الاتحادية للولايات المتحدة الأمريكية تعطى للتفسير الصادر عن الولاية فى شأن دستورهما المحلى، وزنا كبيرا فى مجال تقييمها لمدى اتفاق هذا الدستور، أو قوانين الولاية مع دستور الاتحاد.

بل إن وصفها لبعض الحقوق بأنها أساسية، يعتمد على نظرة كل ولاية لهذه الحقوق وتقييمها لخصائصها، وإن كان لا يجوز أن تتقيد بنظرتها هذه فى كل الأحوال، بل عليها أن تصدر أحكامها على خلافها، كلما كان ذلك ضروريا أو ملائما(١).

ولئن قيل بأن الاعتماد على التنظيم المقارن، يفترض توافقا مع للنظم القانونية التى تتأثر به، أو على الأقل تقاربها فيما بينها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن وحدة هذه النظم أو اقترابها من بعضها، لا تشترط فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى تؤمن أكثر الدول بها، وترأها خطأ واضحا لردع كل عدوان على حقوق الأفراد وحررياتهم.

هذا فضلا عن ارتكاز هذه الرقابة فى وسائلها على نظام للقيم لا تختص به دولة دون أخرى. وإنما يسعها جميعا من منظور صونه كرامة الإنسان وأدميته، فلا تتفرق مفاهيم الدول فى هذا الشأن، ولكنها تتلاقى مع بعضها البعض، وهو ما دعا القاضى Frankfurter إلى أن يقرر بأن شرط

(١) فى قضية [Wolf v. Colorado 338 U.S. 25, (1949)] لم تازم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، الولايات الأعضاء فى الاتحاد باستبعاد الدليل الذى يتأتى من مصدر غير مشروع بالنظر إلى اتجاه الولايات إلى إعمال هذا الدليل، ثم ألزمتها المحكمة العليا بعد ذلك باستبعاد كل دليل غير مشروع من المحاكمة الجنائية. وذلك فى قضية:

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

الوسائل القانونية السلمية لا يتحدد مفهومه إلا على ضوء ما يعتبر حسنا ومنصفا، مفضيا إلى قيم العدالة التي تبنتها الدول الناطقة بالإنجليزية<sup>(١)</sup>.

ويظهر التوافق بين الدول بصورة أعمق على صعيد قواعد القانون الدولي التي تطبقها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك إن الأمم جميعها تطلها الأسرة التي تجمعها، وحقوق أعضائها متكافئة فيما بينها، وعلى الأخص في نطاق تحديد ما يقع في إطار الشؤون الخارجية من مسائل، وما لا يندرج تحتها<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن الأوضاع التي استقر عليها العمل في بلد ما، قبل وبعد إقرار نصوص دستورها Long settled and established practice قد تدل بامتداد زمنها، واطراد القبول بها، على اتجاه عام توافق أفراد الجماعة عليه، وصار مقيدا لها في مجال تفسير الدستور.

ولما نقل الحقائق التاريخية في وزنها ودلالاتها، شأنا عن تقاليد الجماعة وثوابتها، وما استقر عليه العمل في محيطها. ذلك أن جميعها تقدم لنصوص الدستور التي لا تتعارض معها، عناصر تُعينها على بلورة معانيها، وتؤثر بوزنها فيما ينبغي أن يكون عليه التفسير المنطقي لها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تمد بصرها إلى الفقه والقضاء المقارن في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون عقلها مفتوحا كي تأخذ من التنظيم المقارن أفضل اجتهاداته في كل عصر، خاصة إذا كان هذا التنظيم نهرا ثريا بقيم العدل المتدفقة في عطائها، والتي لا ينقطع جريانها عبر الحدود الإقليمية على اختلافها.

وقد كان هذا النظر محل اعتبار المحكمة الدستورية العليا التي أطرد قضاؤها على أن حقوق المواطن وحرياته في مصر، لا تتحدد مفاهيمها إلا على ضوء مستوياتها التي درج العمل في الدول الديمقراطية على انتهاجها في مظاهر سلوكها وطرانقها في الحياة<sup>(٣)</sup>.

(1) Rochin v. California, 342 U.S. 165, 169 (1952).

(2) Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٣) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية 'دستورية' - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الخامس

#### المصادر العرفية

١٣٣- قد لا ينص الدستور على اختصاص للسلطة التشريعية في موضوع معين، ولكنها تتخذ من خلال تشريعاتها، موقفا يدل على إثباتها هذا الاختصاص لنفسها، فإذا أقرتها السلطان التنفيذية والقضائية على مملكتها، وكان العمل قد دل على اطراد ممارستها لهذا الاختصاص -كسلطتها في إجراء تحقيق برلماني في المسائل التي تريد تحريكها وقروفا على حقيقتها إذا لم يكن الدستور قد خولها هذا الاختصاص بنص فيه- فإن إنكاره عليها لا يعد تفسيراً صحيحاً للدستور.

ولا كذلك أن يكون موقفها من اختصاص معين، نافيا أصلاً ادعاءه لنفسها، أو كان دالا على تحسرها في مجال توكيده؛ ولو تقرر بقانون ظل نافذا مدة طويلة. إذ الأصل ألا شأن لتشريعاتها في ذاتها -وأيا كان مضمونها- بما ينبغي أن يكون عليه تفسير الدستور.

### المبحث السادس

#### دروس التاريخ ومعطيات القانون العام

١٣٤- القانون العام The common law قانون غير مدون أصلاً، يبلور مجموعة من القواعد القانونية التي اطرده تطبيقها. وهو أسبق وجوداً من الدساتير ذاتها، خاصة في الدول الوليدة التي تكون شعبها من مهاجرين، نزحوا من دولهم الأصلية، حاملين معهم تراثها وقيمها، وعلى الأخص ما تطلق منها بالحرية التي صار الإيمان بها وبمتطلباتها، عقيدة لا يسترحزون عنها، وقيسون عليها تصرفاتهم جميعها.

وكان منطقياً أن تكرر دساتير هذه الدول، القيم التي اعتنقها القانون العام في دولهم الأصلية، وأن يحرص آباء الدستور -الذين نقلوا هذه القيم عن ذلك القانون- على إدراجها في صلبه، بعد أن بهرتهم برقيها ونساميها وتلقاها مع القيم التي تبنتها الدول المتحضرة.

ومن ذلك شرط الوسائل القانونية السلمية في جوانبها الإجرائية، التي كثيراً ما يحال في فهم مضمونها إلى تطبيقاته في دول القانون العام<sup>(١)</sup>. مما جعل تطابق الوسائل الإجرائية المتخذة ضد شخص معين، مع نظيراتها في دول القانون العام، شرطاً لسلامتها<sup>(٢)</sup>.

فالقيد على الشخص أو احتجازه، لا يكون مشروعاً، إلا إذا كان معقولا على ضوء مفاهيم الحرية التي كرسها القانون العام بوصفها غاية نهائية، وتعبيراً حقيقياً عن ضوابط ينبغي أن يؤكدھا الدستور في مجال ضمانه للحرية الشخصية التي تعامل بوصفها من الحقوق الطبيعية التي لا نزاع فيها.

ولا يجوز بالتالي للنظر إلى شروط القبض والاحتجاز التي ينص عليها الدستور، باعتبارها بدعة أتت بها. ولكن الدستور بسطها تؤكداً لقيم عليا درج عليها القانون العام، متوخياً بها إبطال كل

(1) United States v. Wong Kim Ark 169, U.S. 649 (1898).

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

McGrain v. Daugherty, 273. U.S 135 (1927)

بأن النص في الدستور على عدم جواز القبض غير المبرر ليس مبدعاً جديداً، وإنما هو تأكيد وحفاظ على قساعة

من قواعد القانون العام تصل إلى مرتبة التقديس

Affirming and preserving a cherished rule of common law designed to prevent the issue of groundless warrants.

إنّ بالقبض أو الاحتجاز، لا يكون مبرراً<sup>(١)</sup>، خاصة كلما كان تطبيق هذا القانون في إحدى السدود قبل حصولها على استقلالها، أمراً ولقماً في حياتها اليومية؛ وكان واضحاً أنّ مفاهيم هذا القانون قد أدركها رجال صاغوا دستوراً؛ فلا يكون هذا القانون إلا مثلاً في أذهانهم غائراً في وجدانهم، معبراً عن أعرافهم التي درجوا على اتباعها والنزول عليها.

وكان منطقياً بالتالي أن تفسر سلطة رئيس الجمهورية في مجال إرجاء تنفيذ عقوبة الإعدام، أو العفو عن العقوبة بوجه عام، على ضوء دلالتها عند إقرار الدستور، مع تحفظ هام مؤداه أن الوسائل القانونية السليمة، لا تتحدد مفاهيمها في كل الأحوال على ضوء القانون العام بما يحول دون تطوير معانيها، وعلى الأخص كلما كان تعمق مفاهيم هذا القانون في موضوع معين، يدل على بدائيتها؛ وكان الدستور قد نقضها من خلال حقوق أفضل كفلها بقصد استبعاد القانون العام في مجال تطبيقها<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يقع على التحديد، كلما كان هذا القانون مبلوراً ما كان قائماً في قرون ماضية من القيم المهجورة التي تقتضى تقرير قاعدة قانونية على خلافها، وتكون في مضمونها أكثر تواءماً مع القيم الأكثر إنسانية في جماعة ناضجة.

وتحيل جهة الرقابة على الدستورية أحياناً إلى الحقائق التاريخية -سواء في ذلك ما كان قائماً منها قبل صدور الدستور أو بعد إقراره- بوصفها مدخلاً لفهم أفضل لنصوصه، خاصة إذا كان أطراف تطبيقها، قد دل على أنها جزء من التقاليد الراسخة في بلدانها.

ومن ذلك سلطة حاكم الولاية في العفو عن العقوبة في نطاقها الإقليمي، وسلطة الولاية في أن تدير شؤون الملاحة في موانئها<sup>(٣)</sup>.

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927).

(٢) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أنها لو أخذت بمفاهيم القانون العام التي كان مسؤولاً بها في إنجلترا في النصف الأول من القرن السابع عشر، لفرضت هذه المفاهيم نفسها على القضاء الأمريكي كاحزمية لا فكاك منها إلا بتعديل الدستور الأمريكي.

Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 (1908).

(٣) Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9 (1950); Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia. 53 (U. S. 299 (1851)).

### المبحث السابع

#### القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها

#### The Shared Ethical Values of the Culture.

١٣٥- كذلك فإن قضاة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، كثيرا ما يُدخلون في نصوص الدستور التي يقومون على تطبيقها -بوعى منهم أو بغير وعى- معاني يستمدونها من القيم التي يشاركون فيها أبناء وطنهم، والتي بلورتها ثقافتهم.

ذلك إن النظم القانونية جميعها إما تعمل وفق أوضاع تتفاعل معها، ووفق نماذج للقيم Value Patterns تستقيها من نظامها الاجتماعي.

وتأخذ النظم القانونية بالتالي فيض عطاء مجتمعاتها كحقائق مسلم بها، وتولى اعتبارها كذلك للقيم التي أفرزتها ثقافتها. ويندرج تحتها ما يكون ضروريا من هذه القيم لتحديد مفهوم العقوبة الموعظرفى فحشها أو انحطاطها حتى لا نظل أرقاء لأفكار حملتها معها قيم الماضي البعيد التي تتناقض رقي الجماعة وتعارض نمو مداركها.

كذلك فإن قيم الجماعة التي بلورتها ثقافتها، والتي ترتد مفاهيمها إلى القيم المعاصرة -الخلقية والنفسية والتفضيلية- هي التي ينبغي أن تعول عليها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل فى كثير من المسائل الدستورية؛ كاعتبار المطبوع مانجا أو غير داعر(١) وتحديد القواعد التي يعامل على ضوءها الأشخاص الذين أصابهم عارض الجنون بعد الحكم بإعدامهم..

وكذلك تقرير حق كل جهة قضائية فى أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها منصفة عند الفصل فى الخصومة القضائية المطروحة عليها، ما لم يكن إعمالها لهذه القواعد مناقضا لمبادئ العدل لها من استقرارها فى ضمير الجماعة، ورسوخها فى تقاليدها، ما يرقى بها إلى مرتبة المبادئ الجوهرية(٢) المعتبرة قاعدة فى كل تنظيم من طبيعة مدنية أو سياسية.

ولا يجوز بالتالى أن تتخذ السلطة موقفا مصادما للضمير الجمعى، كتعبيها أفرادا احتجزتهم للحصول على اعترافهم بالجريمة؛ ولا أن تناهض المفهوم الشامل للشعور بالعدل كإنكار حق الفقواء فى الحصول على مشورة محام فى القضايا الجنائية؛ ولا أن تنقض سياسية قومية لها جذورها من

(1) Roth v. United States, 354. U.S. 476. (1957).

(2) Synder v. Massachusettes, 291 U.S. 97 (1943).

القيم السائدة في الجماعة، كتهيبها عن صور التمييز العنصرية في توجهاتها، ورفضها نماذج الدعارة على تباين أشكالها.

واعتبار هذه القيم مصدراً للشرعية الدستورية، مؤداه أن الدليل عليها إثباتاً لوجودها، حق للدفاع في كل خصومة قضائية يرتبط الفصل فيها بتلك القيم، التي كان أثرها بعيداً على القضاة حتى في الأزمان البعيدة<sup>(١)</sup>.

والرجوع إلى قيم الحق والعدل التي لا تتحول، والممتدة أفاقها إلى غير حد Sember ubique والمعتبرة من التقاليد الغائرة في أعماق الضمائر إلى حد معاملتها كنتم جوهرية لا يجوز السزول عنها، من العوامل المؤثرة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها.

وإذا كان الأصل في تطبيق القضاة للقانون أن يكون موضوعياً، وألا يزلزل أحدهم في مجال إنفاذه إلى أمال يقدر ضرورة تحقيقها، أو إلى وجهة نظر فلسفية يعتقها، إلا أن ما يراه المواطنون صواباً، ينبغي أن يشكل إطاراً لتلك القيم التي لا يجوز تجاهلها عند الفصل في المسائل الدستورية.

وكثيراً ما يعبر القضاة عن القيم المشار إليها، بأنها تلك التي تقتضيها الجماعة التي تدل بتحشمتها Decency وأدبها، واللائق من مظاهر سلوكها، على مدنيبتها وتحضرها.

وقد كان من شأن الأهمية التي بلغتها القيم التي تتوافق عليها الجماعة، أن مزجها القضاة بالدستور، بعد أن عاملوها بوصفها تعبيراً مختصراً Compendious Expression عن تلك المفاهيم المتطورة التي لها من مرونتها واتساعها وعمومها، ما يحول دون تقنينها، ومن اختلاجها بأعق مشاعر الجماعة ومتطلباتها، ما يعارض وصفها بالقيم الشخصية. إذ هي قواعد كلية تنظم مجموع الحقوق الجوهرية لمواطنيها، والتي لا بد من ضمانتها بما يكفل حيويتها، واتساقها مع زمنها.

١٣٦- وإذا قيل بأن قيم الجماعة سرعان ما تتغير، وأن القضاة في زمن ما، وعلى الأخص إذا بنعوا من الكبر عتياً، قد يتخذون من هذه القيم موقفاً رجعياً ينقض مستوياتها المعاصرة؛ إلا أن القضاة في كل عصر، لا يجوز أن يصنعوا بأنفسهم قانوناً لا يبلور القيم السائدة في مجتمعهم، وإلا

(١) في عام ١٨١٩ قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تحظر الوسائل القانونية الواجب اتباعها، يؤمن

العدد ضد تحكم السلطة

Bank of California v. Okely (1819. U.S) 4 Wheat 235.

كان على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تعطى لنصوص الدستور معاني تكل بوضوح على تبنيها للقيم الخلقية الغالبة في الجماعة، تقديرًا بأن واجبها في مجال صناعة القانون، يقتصر على مجرد تفعيل هذه القيم التي لا تفصل بين الجماعة ومعتقداتها، وإنما تحدد لها طريقًا عليها ألا تتجاوزها<sup>(١)</sup>.

Judge - made law reflects usually the dominant beliefs of the community as to what ought to be.

---

(1) Swisher. "The growth of constitutional power in the United States" (Chicago, 1946) p. 217.



### المبحث الثامن

#### الخبرة العريضة للقضاة وفلسفاتهم

١٣٧- قد لا يلتزم القضاة دوماً بقيم الجماعة، ولا يعملون من أجل إرسائها من خلال أحكامهم، ولكنهم يحورونها أو يبدلون على ضوء قيم خاصة بهم يفرضونها في نطاق الخصومة القضائية التي تطرح عليهم.

وقد يكون لنفر من بينهم فلسفة متميزة اكتسبها خلال فترة توليه الوظيفة القضائية، وكان لها أثرها في آرائه وتوجهاته أثناء مباشرتها.

وربما كان أكثر القضاة خبرة، لبلغهم في التعبير عن القيم التي يتصورها نهجاً أفضل للحياة.

كذلك فإن لكل خبرة قضائية وزنها وأثرها في قرار جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا يتصور مع تخلفها، أن يكون أداء هذه الجهة فاعلاً، ولا أن يكون للقاضي مكانة أياً كان قدرها، إذا كان يعمل بخير لفتاع، أو بطريقة سلبية، أو على نحو يكون فيه مخادعاً، متجاهلاً خصائص الوظيفة القضائية ومتطلباتها.

ويظل وهما ما يقال من أن القضاة بوسعهم الانفصال عن خبراتهم السابقة التي تشكل خلفية تتحدد على ضوءها قراراتهم في المسائل الدستورية التي يبحثونها.

فالذين آمنوا بالأفكار الرأسمالية كجزء من عقائدهم، فلما يحيدون عن الدفاع عنها. بل يصبون في الآراء التي يبدونها. ولا تزيد قراراتهم عن أن تكون أصداء لفلسفة طبيعتهم بمذاهبها وصاغتهم على نمطها، وهم يساندون مبادئ قانونية يبدعونها، أو يستمدونها من أقوال لفقهاء، أو حتى ممن السوابق القضائية ذاتها. فلا يكون تصورهم للحلول القضائية، إلا استلهاماً لمفاهيم سابقة عندهم، ثم التماس دعائم تكفي لحملها، ولو من مصادر خارجية<sup>(١)</sup>.

(١) Jérôme Frank, "Law and the Modern Mind" [N Y 1930] p.104.

فالمحامون الذين يرفعون دعوى في شأن حقوق الملكية الخاصة، يكونون أكثر ثقة في مصير دعواهم إذا كان القاضي الذي يفصل فيها مناصباً لهذه الحقوق.

والمحامون أنفسهم يفضلون الظهور أمام قضاة يعرفون سلفا دعمهم للحقوق التى يطلبونها ويناضلون لاقتضاها(١).

ذلك أن القضاة يختلفون فيما بينهم فى مجال التقييم التى ينتصفون لها، فقد يعدل قاض عن بعض القيم الشخصية التى كان حريصا على تطبيقها، مغلبا عليها المفهوم الاجتماعى للقيم.

وقد يؤمن أحد القضاة بأن لحرية العقيدة مكانة تسمو بها على سواها. ومنهم من يكون معنيا بشكل خاص بعناصر تكامل الشخصية التى يقدمها على كل اعتبار آخر.

وقد يكون انحياز القاضى إلى رفض أشكال التمييز العنصرية فى طبيعتها، ناجما عن تجربته الشخصية.

وقد يرتبط قاض بقوة بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة، أو يكون مدافعا عنيدا عن حرية التعبير وحرية الاجتماع، أو خصما لكل القيود التى تفرضها السلطة على حرية التنقل، أو مناهضا أخذ الملكية من أصحابها من خلال تنظيم تشريعى يجردها عملا من قيمتها الاقتصادية، أو يهبط بصفة جوهرية بهذه القيمة إلى حدود لا يجوز التماسح فيها.

ويظل ثابتا أن القضاة فى كل عصر، لا يدونون فى أحكامهم غير القيم التى يتصورونها أكثر صوابا - ما كان منها شخصا أو اجتماعيا- وهم يصوغون لهذه القيم معانيها التى يرونها أكثر تعبيراً عنها، وأوفى حماية لها.

ذلك إنهم لا يتوخون مجرد الدفاع عن قيم يعضدونها، ولا التعبير عن فهمهم لضرورتها بكسل عبارة يختارونها، ولكنهم يحرصون على تثبيتها إلى حد القتال من أجل إرسائها، ويقدمون أن أولويتها على ما عداها، شرطها أن تتوافر لها من ضماناتها أقواها، ومن وسائل تنفيذها أكثرها صرامة.

بل إن مجموعة القيم التى ينحاز القضاة لها، تتركز مراتبها فى أذهانهم، فمنهم من يقدم القيم الجمالية على غيرها.

(١) Carr, The Supreme Court and Judicial Review (Farrar and Rinehart, N Y, 1942) p.233.

وعند غيرهم تكون لحرمة الملكية الخاصة منزلتها التي تصل إلى حد تقديسها، فلا يكون دفاعهم عنها إلا عقيدة لا يتحولون عنها.

ومنهم من يؤمن بضرورة الفصل بين الدولة والدين إلى حد اعتبار كل معونة تقدمها الدولة إلى المعابد الدينية تدخلا في حرية العقيدة مخالفا للدستور.

وقد تكون حرية المشروع الخاص عقيدة مذهبية يؤمن قاض بها إلى حد إطلاق هذه الحرية من كل القيود التي تحد من حركتها.

والنظرة المتممة لأحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تدل على أن قضاتها يرتبطون بوجه أو بآخر ببعض القيم الشخصية أو بفلسفة خاصة يرونها عملا أكثر صوابا من غيرها.

ويظل أمرا غير مفهوم، عزل هذه الجهة عن قضاتها الذين كان لقوة شخصيتهم أثر هام في مجال تطويرها، ولوزنهم قوة مؤثرة لا تقل شأنًا عن نصوص قاطعة يتضمنها الدستور، ولا عن مبادئ راسخة عززتها السوابق القضائية التي دل ثباتها على استقرارها.

### المبحث التاسع

#### حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم

١٣٨- قد تتخذ السلطة التشريعية بعض التدابير في شأن صناعة أو مهنة أو حرفة. فإذا ثار نزاع من خلال الخصومة القضائية حول وطأة هذه التدابير وثقل أعبائها وخروجها بالتالي على الحدود المنطقية اللازمة لضبطها، فإن على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تصدر حكمها في هذه الخصومة على ضوء ما هو متاح أمامها من الحقائق الاقتصادية التي تحيط بوقائعها، وأن تحصل على معلوماتها في شأن هذه الحقائق من مصادر موثوق بها، إذا لم يكن وقوفها عليها واقعا في إطار علمها العام<sup>(١)</sup>.

وعادة تحصل جهة الرقابة على الدستورية على معلوماتها اللازمة للفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها - ما كان منها اقتصاديا أو اجتماعيا أو أنثروبولوجيا<sup>(٢)</sup> - من خبراء يدلون بشهادتهم أمامها؛ أو من خلال تبادل الخصوم لمذكراتهم التي يبرهنون فيها على وجود واقعة بعينها لها أثر على الخصومة.

وكلما كان وجود واقعة بعينها، أو مجموع من الوقائع المتضاربة، شرطا لدستورية القانون، وكان الخصوم قد برهنوا على أن هذه الواقعة أو الوقائع لم يعد لها من وجود، تعين على جهة الرقابة على الدستورية، الحكم بعدم دستورية هذا القانون.

كذلك فإن تطبيقها لشرط الحماية القانونية المتكافئة، قد يعتمد على دراساتها الاجتماعية والأنثروبولوجية للفصل في دستورية التمييز بين أجناس بالنظر إلى لونها. كالتمييز بين الطلبة في مدارسهم لاعتبار يتعلق بلونهم، وأثر هذا التمييز على صحتهم النفسية والعقلية، ودرجة انتمائهم لوطنهم وإمكان تعايشهم مع الآخرين، والتفاعل معهم من منطلق تساويهم معهم في القدر والاعتبار، ونحو ذلك مما يقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية، أو يُطرح عليها، أو تستظهر هي من دراستها، أو من التقارير التي أعدها بعض اللجان التشريعية، أو من أية شهادة يدلي بها الأفراد أو الخبراء أمام

(١) Borden's Farm Products Co- v. Baldwin (1934) 293 U.S. 149.

(٢) يقصد بالأنثروبولوجيا علم الإنسان الوصفى من جهة أجناسهم وكيفية توزيعهم وعاداتهم وتقاليدهم وسماتهم البدنية والعقلية.

لجان الاستماع؛ أو لجان تقصى الحقائق، مما يجعل جهة الرقابة على وعى كامل بكل معلومة تراها مفيدة في عملها.

يؤيد ذلك أن القوانين التي تفصل في دستوريته، قد تكون مادتها مسائل علمية خالصة، من بينها ما يكون ضروريا من التدبير لحماية العمال في صناعة التعدين؛ أو لحماية الأجناس من الأعباء التي تلقى على بعضها بقصد تقييد تعاملاتها التجارية؛ أو لتعطيل حقها في ارتداء بعض الفئادق أو دور اللهو. وكذلك ما ينجم عن حرمان مجموع من الأفراد من مكان يأويهم من آثار مدمرة تتفاقم بها أوضاعهم الاجتماعية؛ أو يضاعفها تكسهم في رقعة ضيقة مع حرمانهم من الحد الأدنى لمتطلباتها الصحية.

وقد يكون من شأن الرهون العقارية والقيود الباهظة التي تحيطها، الإضرار بالمدين الراهن، بما يؤثر على نمو الاقتصاد وتطويره، وبوجه خاص كلما كان من أثر هذه الرهون على المشروع، تدميره أو إعاظه عن مواصلة نشاطه.

وتظل جهة الرقابة القضائية على الدستورية دوماً، وكلما كان فصلها في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يقتضيها الخوض في الحقائق العلمية المتصلة بها، أن تتحراها وصولاً لأعماقها، وبصراً بجوانبها، ولن يكون إدراكها لها عريضاً متكاملأً.

فالآثار الاقتصادية المترتبة على الانكماش؛ وآثار تعريض البيئة لمخاطر جسيمة ناجمة عن مصادر مختلفة تلوثها؛ وآثار التمييز بين الطلبة في شروط الالتحاق بالمعاهد التعليمية بالنظر إلى ثراوتهم؛ والآثار الصحية الناجمة عن قصور الخدمة الطبية سواء في أشخاص القائمين عليها أو في تسهيلاتهما؛ جميعها ينبغي بحثها على ضوء الحقائق العلمية المتصلة بها، والتي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تخفيها عن هؤلاء الذين يعينهم أمرها في الخصومة القضائية التي تفصل فيها.

بل عليها أن تنبيههم إلى ما توفر لديها من مادة علمية، وأن تدعوهم إلى مناقشتها، وإبداء رأيهم في شأنها، سواء لتوكيدها أو لنفيها.

فإذا أقام هؤلاء الدليل على أن المادة العلمية التي يراد الاحتجاج بها في الخصومة القضائية، تفكر إلى ما يعزز صحتها، وأنها لا تدخل في إطار المسائل التي يمكن أن تتركها جهة الرقابة على الدستورية في نطاق علمها العام *Matters of common knowledge*، فإن تحويل الحكم عليها يكون خطأ فادحاً.

### المبحث العاشر

#### الاهتمام بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها

١٣٩- لا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية في المسائل التي تطرح عليها، دون بصر بالآثار المترتبة على قراراتها في شأنها، بل تولن قبل إصدار أحكامها بين ضرورتها ونتائجها، أخذه في اعتبارها أن أحكامها لا يجوز أن تعرقل الدولة عن مباشرتها لسلطاتها بالكفاءة المطلوبة منها، وأن آثارها الضارة ينبغي توقيها أو العمل على تخفيفها قدر الإمكان، وعلى الأخص في الدول الفيدرالية التي ينبغي أن يكون لكل ولاية أو مقاطعة فيها، قدر من الاستقلال يكفل ذاتيتها، فلا يكون تدخل جهة الرقابة فيما هو خاص من شئونها، إلا عملاً منها عن دستورياً.

كذلك، فإن اتهام جهة الرقابة على الدستورية بأنها تشرع كثيراً، وتحكم قليلاً فيما تفصل فيه من المسائل للدستورية، يدفعها إلى دحض هذه التهمة -لا عن طريق إصدارها أحكاماً تنفيها، ولا بالتخلي عن تطويرها للدستور وسعيها الدائم لتغيير ملامح مجتمعها- وإنما من خلال السوابق القضائية التي تحيل إليها، لتتخذ منها قناعاً تتخفى وراءه، وكان الجديد من أحكامها ليس إلا القديم منها، تردد بها أصداء ماضٍ صار منقضيًا.

وأحياناً تفصح جهة الرقابة القضائية على الدستورية -وبطريق غير مباشر- عن إدراكها النتائج المترتبة على أحكامها، من خلال رصدتها لكل الآثار الخطيرة التي تقارن قضاء على خلافها. فأبطلها تشريعاً يحد حرية التجارة، قد يقرن ببيان المخاطر التي تنجم عن تعويق تنفيذها من خلال الحواجز الجمركية.

كذلك فإن القيود التي تفرضها الولاية داخل الدول الفيدرالية على التجارة عبر أقاليمها، قد تحول دون تنفيذها، بما يثير التنازع بين الولايات بعضها البعض، ويدفعها إلى الردع المتبادل، وأن تتخذ لكل منها تدابير تحول بها دون نفاذ الأخرى إلى أسواقها، بما يضر في النهاية بالاقتصاد القومي بوجه عام، خاصة وأن المكوس المالية التي تفرضها ولاية على وسائل النقل التي تدخل إقليمها، قد تؤدي إلى خفض إيراداتها لا إلى زيادتها، وإلى تغيير هذه الوسائل لاتجاهها، فلا تدخل هذه الولاية، بل تتحول إلى غيرها.

وحتى في الدول البسيطة، فإن فرض الدولة لضريبة في نطاقها الإقليمي، قد يكون مجاوزاً المقرة للتكليفية للخاصين لها؛ أو منتهياً إلى تخليهم عن نشاطهم المشروع؛ أو جاعلاً مضيقاً فيه

رهقاً، أو مستثيراً ردود فعل غاضبة تخل بالأمن القومي؛ أو منهيًا تعاون الدول اقتصادياً فيما بينها، ومؤديًا إلى تبادلها صوراً من الردع تتخذ شكلاً اقتصادياً.

ولئن حرص قضاة جهة الرقابة القضائية على الدستورية، على إيضاح الآثار الملبية التي تنجم عن إبطال النصوص القانونية المطعون عليها، إلا أنهم أحياناً قد لا يمحسون بالدقة الكافية هذه الآثار، ولا يتأملون بعمق جوانبها. وقد يهملونها بعد وقوفهم عليها، وإن كان واجبهم المبدئى هو تحريها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تدعو للدفاع -إذا لم تكن على يقين من نوع وحدة المخاطر التي قد تقارن حكمها المحتمل في الموضوع المعروض عليها- كي يحيطها، ولو من خلال خبراء يستقدمهم، بكل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي يتوقعونها كأثر لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، والتي يكون التكهّن بها من زاوية علمية Scientific Prognosis دالاً على رجحان حدوثها.

### المبحث الحادى عشر نصوص الدستور فى لغتها وترتيبها

١٤٠- من القواعد المبدئية فى تفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها؛ ولا النظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها؛ ولا إعطاؤها معنى يناقض دلالتها الواضحة.

بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التى لا يشوبها غموض، والتى لا تعارض أجزاء أخرى من الدستور، على ضوء معناها الطبيعى، وبمراعاة أن الكلمة الواحدة التى تتعدد مواضعها فى الدستور، ينبغى فهمها على أنها هى ذاتها فى كل مواقعها، وأن معناها بالتالى واحد فى كل استعمالاتها، وأن لكل كلمة مقاصدها، ولا يجوز بالتالى تجريدها من كل أثر.

كذلك فإن نصوص الدستور لا تجوز قراءتها بما يخل بأكملها واتساقها فيما بينها.

ولا يجوز كذلك أن نفترض أن أجزاء الدستور لا ترتبط فيما بينها، أو أن بالإمكان حذفها، أو أن جانباً منها عقيم فى معناه، أو أن أهدافها يناقض بعضها البعض. بل يتعين النظر فى نصوص الدستور بما يوفق بينها؛ وإلى فروع المسائل التى ينظمها باعتبارها نتاج أصولها لضمان تفسيرها بصورة أدق؛ وبمراعاة أن نصوص الدستور فى لغتها وترتيبها، ليس لها دور حاسم فى مجال تحديد أهميتها.

فلغتها وحدها قد لا تنشئ حقيقة معناها. وليس لها من قيمة حين تستخلص جهة الرقابة من الدستور، حقوقاً لا نص عليها فيه.

كذلك فإن ترتيبها فيما بينها، لا يدل بالضرورة على أن النصوص التى تتقدم غيرها، أكثر أهمية من سواها.

ويكون محل نظر بالتالى، تقييم المحكمة الدستورية العليا فى مصر لأهمية مساواة المواطنين أمام القانون -لا على ضوء الآثار السلبية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى تنجم عن التمييز بينهم بالمخالفة للدستور- وإنما بالنظر إلى أن تساويهم فى المعاملة القانونية مع نظرائهم كان "أول"



مبدأ نص عليه الدستور في بابه الخاص بحقوق المواطنين وحررياتهم؛ وجاء بالتالى فى موقع  
الصدارة منها (١).

وليس ذلك إلا ترتيباً لحقوق المواطنين وحررياتهم على أساس مواقعها فى الدستور. حال أن  
حقوقهم وحررياتهم هذه، لا تتدرج فيما بينها، ولا تتفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل فى إطار منظومة  
تجمعها وتتكافأ مفرداتها فيما بينها. فلا يكون كل حق أو حرية، إلا أصلاً أو مدخلاً لغيره أو نتيجة  
مرتبة على وجوده.

---

(١) "دستورية عليا" القضائية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٨٠  
- ٢٨١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

### الفصل التاسع

#### بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية ونشأتها

#### المبحث الأول

#### الخلفية التاريخية للدساتير المصرية

١٤١- يعتبر دستور ١٩٧١، أول دستور في مصر يقرر نظاما للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ذلك أن الدساتير السابقة عليه، وبالرغم من اعترافها لكل مواطن بالحقوق والحريات التي أوردتها في صلبها -لم تقم نظاما قضائيا دستوريا- لضمانها بصورة فعلية.

وقد كان دستور ١٩ أبريل ١٩٢٣ أول دستور تحصل عليه مصر بعد إعلان استقلالها، صاغته لجنة من ثلاثين عضوا، ضمنته نظاما برلمانيا حراً وتمثيلا، يكفل لكل مواطن كثيرا من حقوقه وحرياته التي عددها هذا الدستور، من بينها حرية التعبير وحق الاجتماع وحرية العقيدة (١).

إلا أن فؤاد الأول -وقد كان سلطانا ثم ملكا على مصر- ألغاه عام ١٩٣٠ بالنظر إلى معارضته الأغلبية الوفدية البرلمانية، وأحل محله دستورا يدعم من سلطاته ويقويها (٢).

ثم ألغى دستور ١٩٣٠ بمقتضى الأمر الملكي رقم ١١٨ الصادر في ١٢/١٢/١٩٣٥. وعاد العمل بدستور ١٩٢٣، إلى أن قرر مجلس قيادة ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ منقوطه وذلك بمقتضى الإعلان الصادر عام ١٩٥٢ عن القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش (٣)، ثم إلغاء الملكية في ١٩٥٣، على أن يعمل بصفة مؤقتة بالإعلان الدستوري الصادر عن رئيس مجلس قيادة الثورة في ١٠/٢/١٩٥٣، وذلك إلى حين الموافقة على الدستور النهائي.

(١) صدر هذا الدستور في ١٩ أبريل ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية. وقد نشر في الوقائع المصرية بالعدد ٤٢ [غير اعتيادي] في ٢٠/٤/١٩٢٣.

(٢) ألغى دستور ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية الصادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠. وقد نشر هذا الأمر في عدد الوقائع المصرية رقم ٩٨ [غير اعتيادي] بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٣٠.

(٣) نشر هذا الإعلان الدستوري في العدد رقم ١٥٨ مكرر [غير اعتيادي] من الوقائع المصرية بتاريخ ١٠/١٢/١٩٥٢.

وقد نص هذا الإعلان على عدد من الحقوق الأساسية لكل مواطن من بينها حرية التعبير وضمان الحرية الشخصية وحرية العقيدة واستقلال السلطة القضائية(١).

ثم عُهد إلى لجنة من خمسين عضوا بإعداد الدستور النهائي، وكان من بين النصوص التي أقرتها وضمنتها مشروعها، إحداثها لرقابة قضائية على دستورية القوانين تقوم عليها محكمة عليا تتولى كذلك محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، وتباشر دور محكمة التنازع للفصل فى معائل تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية المختلفة، وكذلك فيما يقع من تناقض فى أحكامها النهائية، فضلا عن مسألة بالغة الأهمية فى مصر، هى الفصل فى دستورية انتخاباتها البرلمانية.

ولكن الرئيس جمال عبد الناصر -الذى قبض بيده على السلطة آنئذ- لم يقبل مشروع هذه اللجنة، وأحل محلها لجنة أخرى عين هو أعضاؤها، وعهد إليها بمهمة عمل دستور جديد. وكان دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ هو ذلك الدستور الذى ووفق عليه فى استفتاء عام، كافلا للمواطنين -ولأول مرة- حقوقا اقتصادية واجتماعية فضلا عن حقوقهم المدنية والسياسية، ومنهيا التعددية الحزبية، مقبها محلها حزبا حكوميا وحيدا(٢).

وظل هذا الدستور معمولا به حتى انعقاد الوحدة بين مصر وسوريا عام ١٩٥٨، فصدر للدولة الوليدة -وهى الجمهورية العربية المتحدة - دستور ينظمها فى ١٩٥٨/٣/٥، على أن يكون دستورا مؤقتا. وليس فى هذا الدستور -المكون من ٧٣ مادة- إلا أقل القليل من النصوص التى تكفل حقوق الفرد وحياته(٣).

وبانفصال مصر عن سوريا، دعا الرئيس جمال عبد الناصر إلى مؤتمر وطنى للقوى الشعبية فى مصر.

وقد أقر هذا المؤتمر فى عام ١٩٦٢ ميثاقا وطنيا منشأ حزبا حكوميا وحيدا هو الاتحاد الاشتراكي العربى، وكافلا للعمال والفلاحين -ولأول مرة- عددا من مقاعد المجالس النيابية لا يقل عن نصفها.

(١) نشر هذا الإعلان بتاريخ ١٠/٢/١٩٥٣ فى عدد الوقائع المصرية رقم ١٢ مكرر ب [غير اعتيادى].

(٢) هو الاتحاد القومى. ويلاحظ أن دستور ١٩٥٦ نشر بالوقائع المصرية -العدد ٥ (مكرر) غير اعتيادى بتاريخ ١٦ يناير ١٩٥٦.

(٣) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد الأول بتاريخ ١٣/٣/١٩٥٨.

وتلا هذا الميثاق، إعلانا دستوريا صدر في ٢٧ سبتمبر ١٩٦٢ متضمنا تنظيمًا في شكل دستور للسلطة العليا في الدولة (١). وأعقبه دستور آخر صدر في ١٩٦٤/٣/٢٤، وعمل به بوصفه دستورًا مؤقتًا، وإن ظل قائما حتى ١٩٧١ (٢).

وبدل استقراء هذه الدساتير جميعها على أن حقوق المواطن وحياته التي كفلتها بصورة متفاوتة فيما بينها، لم يدعمها تنظيم خاص يكفل ضمانها بصورة جدية ممثلا في رقابة قضائية على دستورية القوانين، ينشئها هذا التنظيم الخاص ويضمنها.

ولكن القضاء كان يسلم بهذه الرقابة ويضرورتها قبل أن ينص عليها دستور ١٩٧١.

وكان مجلس الدولة في مصر من أكبر دعائمها - لا بوصفها رقابة مركزية تنحصر في جهة واحدة - وإنما كرقابة لا مركزية تقوم عليها المحاكم جميعها باعتبارها مندرجة بالضرورة في إطار مهمتها الخاصة بتفسير النصوص القانونية جميعها على ضوء دلالتها، وبمراعاة ما بينها من تسدرج يكفل السيادة للدستور فوق كل قاعدة قانونية لا نص عليها فيه.

(١) نشر هذا الإعلان في العدد رقم ٢٢٢ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢٧.

(٢) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد ٦٩ تابع (١) بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٤.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها

١٤٢- ولم تلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر منذ ١٩٢٢ مبادئ رحبة تجول فيها. ذلك أن بعض الفقهاء ظلوا معاندين لها حتى صدور دستورها الدائم في ١٩٧١. وكانت حججهم في ذلك، هي ذاتها التي ردها فقهاء آخرون في بعض الدول الأجنبية كفرنسا، حاصلها أن السيادة لا تتعدد لغير السلطة التشريعية التي تمثل الجماهير في مجموعها، وأن القوانين التي تقرها، هي في حقيقتها القانونية تعبير عن إرادتها، أو هي إرادة الأمة مجمعة *Rassemblement* ولا يتصور بالتالي أن تفرض على السلطة التشريعية التي لها ناصية السيادة ويدها زمامها، رقابة من أي نوع، ولا أن يفترض الخطأ في تشريعاتها التي أقرتها أغلبية حرة بكامل إرادتها(١).

ومن ثم كان القانون في مفهوم هؤلاء الفقهاء، مجرد تعبير عن السيادة الوطنية التي لا تعلو عليها أية سلطة، ولو كانت هي السلطة القضائية التي ينبغي عليها أن تنفع بتطبيقها للقانون، دون نظر منها في مضمون قواعده، وإلا كان ذلك عنواناً من جانبها على مبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ ترقى أهميته إلى حد التدريس، ويزيد من صرامته أن السلطة القضائية في مصر -وبالنظر إلى أوضاعها الخاصة- تقتفر إلى الاستقلال الكامل عن السلطة التنفيذية، ولئن يكون تدخلها في عمل السلطة التشريعية إلا تحريفاً للإرادة التي تمثلها.

هذا فضلاً عن أن القوانين التي تنظم السلطة القضائية، تمنعها من تأويل الأوامر الإدارية أو وقفها. وينبغي عليها بالتالي -وبدلالة الأولى *A fortiori*- ألا يكون لها شأن بتأويل القوانين أو وقفها بقصد إرجاء أو تعطيل تنفيذها.

على أن فقهاء آخرين انتصفوا للشريعة الدستورية بوصفها أداة إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية -التي لا تباشران غير اختصاصاتهما المنصوص عليها في الدستور وفي الحدود التي

(١) Jacques Rabert, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et reformes". R. D. P. 1990, p.1255.

بينها- لرقابة قضائية ترعى تقديمها بهذه الحدود، على أن تقوم عليها جهة قضائية مستقل عنها، ولا تندمج في إحداهما أو تلحق بها (١).

ولئن قيل نفا لهذه الرقابة بأن القانون والدستور، يبلوران كلاهما الإرادة الشعبية، وأنهما مجرد تعبير عنها، إلا أن الدستور يظل من عمل هيئة أعلى يفترض تمثيلها لأمتها بصورة أكثر عمقا وشمولا وتوثيقاً، وضمانها لكل حق أو حرية أدرجتها في الدستور واحداً بعد الآخر.

فلا يكون الدستور إلا قاعدة لحقوق المواطنين وحرياتهم يقفد المشرع بها في مجال تنظيمه للحق أو الحرية التي نص الدستور عليها.

هذا فضلاً عن أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تدبران في وجودهما إلى الدستور. لأنهما من خلقه.

<sup>٢</sup> ولا يتصور أن تعارض السلطة التي أنبتها الدستور، إرادة الهيئة الأعلى التي أنشأها فإذا أهدر المشرع قيوداً حد بها الدستور من سلطته التقديرية، كان ذلك إنكاراً لحقيقة أن القواعد القانونية جميعها لا تتحد مراتبها، وإنما يعلو بعضها البعض بالنظر إلى تدرجها فيما بينها، وتصاعدها طبقاً فوق طبق، إلى نهاية بنيانها ونزاه، ممثلاً في الدستور.

فضلاً عن أن الذين يتخوفون من الرقابة على الشرعية الدستورية، يتجاهلون أن الجهة التي تتولاها، لا تباشر غير وظيفة قضائية لها أوضاعها وضماناتها الخاصة، التي لا تحل بها محل السلطة السياسية، ولا تقيمها بديلاً عنها، حتى مع القول بأن المعائل الدستورية التي تفصل فيها تخالطها عناصر سياسية تتأثر بها الحلول القانونية لهذه المعائل.

كذلك لا تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في نطاق الولاية التي عهد الدستور بها إلى السلطة التشريعية. وليس لهذه السلطة كذلك أن تؤثر بضغطها على قضاء جهة الرقابة الذين يتخذون قراراتهم في شأن المعائل الدستورية التي تطرح عليهم وفق ضمانتهم، وبمراعاة ما بين القواعد القانونية من تدرج يقدم عليها نصوص الدستور التي تؤكد علو الهيئة التي تبتتها، وتكفل موازنة

(١) تنص المادة ٩٤ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية [٢٣ مايو ١٩٤٩] على أن المحكمة الدستورية الاتحادية لا يجوز أن تكون جزءاً من السلطة التشريعية الاتحادية Bundestag التي تمثل الشعب في مجموعه، ولا جزءاً من الحكومة أو أي من تنظيماتها.

الديمقراطية، بضرورة أن يكون استعمال السلطة منحصرا في حدودها الضيقة التي بين الدستور تخومها كضمان يحول دون انحرافها.

هذا فضلا عن أن محاكم مجلس الدولة تفرض رقابتها على الأوامر الإدارية جميعها -التنظيمية منها والفردية- وتلغيها بقدر تعارضها مع القانون، فلا يكون إبطال جهة الرقابة على الدستورية لكل قانون يناقض الدستور، مجافيا للمنطق، ولا منافيا للشرعية الدستورية. بل هو إعلاء للدستور على كل سلطة تريد الخروج عليه.

وهو ما دعا بعض المحاكم في مصر، وإلى ما قبل العمل بالدستور الدائم، إلى الامتناع عن تطبيق كل قاعدة قانونية تعتبر مخالفتها للدستور، سواء لتطرق متلبها بأوضاع شكلية ينبغي إغراؤها فيها، أو بمضمون كان عليها أن توافقه مع نصوص الدستور في محتواها الموضوعي<sup>(١)</sup>.

ولم ينحصر أمر الرقابة القضائية على الدستورية -ومن خلال الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المناقضة للدستور- إلا بعد أن أصدر مجلس الدولة في مصر حكما ذاتيا في ١٠ فبراير ١٩٤٨، مقيما دعائم هذه الرقابة على صحيح أسسها والتي نتحصل أولا في أن الرقابة القضائية على دستورية قانون أو مرسوم بقانون، لا يمنعها في مصر قانون وضعي، سواء كان عوار النصوص المطعون عليها من طبيعة شكلية أو موضوعية.

وإن التذرع بقاعدة الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية لإثكار الرقابة القضائية على الدستورية، يقوم على حجة داحضة. ذلك أن قاعدة الفصل هذه، هي التي تقيم الرقابة على الدستورية عمدها؛ لأنها تتوخى حصر نشاط كل سلطة في النطاق المخول لها طبقا للدستور، فلا تجاوز بأعمالها حدوده.

وما الدستور إلا قانون ينبغي على المحاكم جميعها أن تطبقه باعتباره متربعا قمة لهرم يضم للقواعد القانونية جميعها، وإن كان يغيرها في سمو عليها باعتباره موئل حقوق الأفراد وحررياتهم، وقاعدة الحياة الدستورية في كل جوانبها.

(١) صدر أول حكم يؤيد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور من محكمة مصر الابتدائية في أول مايو ١٩٤١، إلا أن محكمة استئناف القاهرة ألغت حكما في ٣٠ مايو ١٩٤٣ مستندة في ذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وإلى أن التحقق من مطابقة القانون للدستور، هو ما تتولاه السلطة التشريعية بمنسبة إقرارها للقانون.

فإذا تعارض الدستور والقانون في مجال تطبيقهما في خصومة قضائية، فإن فض الجهة القضائية لهذه الخصومة، لا يكون إلا بتحية القانون حتى لا يحكمها، ليكون الحكم للدستور دون غيره.

وتغليبها الدستور على القانون على النحو المتقدم، لا يفيد تعديها على السلطة التشريعية، ولا يدل على أنها تشرع بصورة مبتدأ بدلاً منها. ذلك إن وظيفتها القضائية تلزمها بمجرد الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، لا إلغاء هذا القانون أو إرجاء تنفيذه، فلا يكون تدخلها إلا لفض نزاع قائم لديها تعارض فيه القانون مع الدستور باعتباره القانون الأعلى<sup>(١)</sup>.

وقد كان من شأن قضاء مجلس الدولة المتقدم بيانه، تولى المحاكم جميعها -أيا كان موقعها أو طبيعة اختصاصها- سلطة مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال خصومة قضائية تنظرها، وعن طريق دفع فرعى يتعلق بمسائل دستورية لها أثر على النزاع المرد فيها. فلا يكون الفصل في المسائل للدستورية المتصلة بالخصومة القضائية، إلا سابقاً على الفصل في موضوعها. ومع ملاحظة أن تطبيق الدستور بدلاً من القانون عند وقوع تنازع بينهما، مرده أن إلغاء أية محكمة لقانون قائم، لا يكون إلا بنص صريح في الدستور.

فإذا خلا الدستور من نص يخولها هذا الاختصاص، فليس أمامها إلا الامتناع عن تطبيق القانون في النزاع المعروف عليها، وإن كان حكمها فيه لا يقيد بها هي نفسها في نزاع لاحق، ولا يلزم غيرها به، ولو في نزاع مماثل.

(١) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة في ٣٠ يونيو ١٩٥٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة من ١٦٦.



### المبحث الثالث

#### رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور

١٤٣- تعمل رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، تطوراً محموداً في اتجاه دعم الرقابة غير المركزية على الدستورية، إلا أن كثرة عيوبها جردتها من أهميتها.

ذلك أن ما كان يعيها بوجه خاص هو افتقارها إلى معايير موحدة تقاس على ضوءها دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ وتفرقتها بين المحاكم جميعها؛ وتناقض أحكامها فيما بين بعضها البعض، وحتى داخل المحكمة الواحدة.

فضلاً عن نسبية آثارها. ذلك أن الامتناع عن تطبيق القانون في خصومة بذاتها، لا يفيد تجريده من آثاره بصفة كاملة ونهائية، بل تظل آثاره جميعها قائمة وناظرة فيما عدا الدائرة المحدودة التي نحى هذا القانون عنها، وهي دائرة الخصومة للقضائية التي أهدر فيها تطبيقه.

### المبحث الرابع

#### إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية

١٤٤- وقد ظل امتناع المحاكم عن تطبيق القانون المناقض للدستور معمولاً به، إلى أن صدر القرار بقانون ٨١ في ١٩٦٩/٨/٣١، منشأ محكمة عليا تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين(١).

وقد اقترن إحداث هذه المحكمة -وقد تم تنفيذها لبيان ١٩٦٨/٣/٣٠- بصور قرار آخر بقانون عزل عدداً لا يستهان به من القضاة عن طريق تحييتهم من مواقعهم القضائية، سواء بنقلهم إلى جهة غير قضائية، أو بإنهاء خدمتهم بصفة نهائية؛ مما أحاط المحكمة العليا الوليدة بصورة قائمة منذ إنشائها، جعلها تبدو كخطوة مقصودة -لا لتأكيد الشرعية الدستورية ودعم حقوق المواطنين وحرياتهم- وإنما كأداة في يد السلطة التنفيذية توجهها لتحقيق أغراضها في التحول الاجتماعي، وكذلك لامتصاص ما نجم عن عزل القضاة من مشاعر غاضبة.

وكان منطقياً بالتالي ألا يتقبل الوسط القضائي وجود المحكمة العليا بحسن نية، وأن ينظر إليها مستريباً. فلا يطمئن لأحكامها ولو كانت صحيحة في ذاتها، خاصة بعد انتزاعها سلطة قاضي الموضوع في الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور؛ وتخويلها دون غيرها سلطة إبطال القوانين المخالفة للدستور، لا مجرد الامتناع عن تطبيقها.

وقد كان إبطال المحكمة العليا للقوانين المخالفة للدستور مؤداه تجريدها من قوة نفاذها وإعدامها. وهي سلطة لا يجوز أن تتولاها المحكمة العليا بغير نص في الدستور. فإذا خولها إياها قرار بقانون صدر عن رئيس الجمهورية، كان هذا القرار مخالفاً للدستور.

ولمواجهة هذه الصعوبة حرص الدستور الدائم لعام ١٩٧١ على أن يضمن على ممارستها لذلك الاختصاص شرعية استثنائية، وذلك بما نص عليه الدستور في المادة ١٩٢ من أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(١) الجريدة الرسمية -العدد ٣٥ مكر في ١٩٦٩/٨/٣١ وقد أكمل هذا القرار بقانون، بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المتعلق بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والذي نشر في العدد ٢٥ من الجريدة الرسمية بتاريخ

### المبحث الخامس

#### انسيباط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها

١٤٥- على أن قانون المحكمة العليا، وإن عهد إليها دون غيرها باختصاص الفصل فى دستورية القوانين بمعنى الكلمة، وقصر ولايتها على هذا النطاق وحده فى مجال مباشرتها للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ إلا أن حكمها الصادر فى ٣ يوليو ١٩٧١ فى القضية رقم ٤ سنة ١ قضائية عليا "دستورية" بسط رقابتها هذه، على القواعد القانونية جميعها، بما فى ذلك تلك التى تصدر عن السلطة التنفيذية.

وهى تؤسس حكمها فى ذلك على أن الرقابة على دستورية القوانين غايتها صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه. ولا يتحقق هذا الغرض على الوجه الذى يعنيه قانون المحكمة العليا فى مادته الرابعة، إلا ببسط رقابتها على التشريعات كافة، الأصلية منها والفرعية. ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا. بل إن هذه المظنة تقوى فى التشريعات الفرعية منها فى القوانين التى يتوافر لها من أوجه دراستها وبحثها ما لا يتوافر للوائح التى ينظم بعضها حريات المواطنين و أمورهم اليومية، خاصة وأن اللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية.

ولو قيل بأن الرقابة القضائية لهذه المحكمة لا تتناول اللوائح المشار إليها، لعاد أمرها كما كلن إلى المحاكم جميعها، تقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستورتها، بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها البعض(١).

(١) ص ١٧١٦ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - الجزء الأول طبعة ١٩٧٧.  
أنظر كذلك فيما ثار من خلاف حول انسحاب اختصاص المحكمة العليا إلى اللوائح، ص ١١١-١٢٨ من مؤلف الدكتور عادل شريف المستشار بالمحكمة الدستورية العليا فى شأن القضاء الدستورى والرقابة على الدستورية - إدار الشعب - طبعة ١٩٨٨.

### المبحث السادس

#### معارضة المحكمة العليا وانتقادها

١٤٦- ولم تقبل جهة القضاء العادى بالولاية التى بسطتها المحكمة العليا على دستورية اللوائح. فقد خلص الحكم الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فى الطلب المقيد بجدولها برقم ٢١ سنة ٣٩ ق [رجال قضاء]، إلى تقرير انعدام القرار بقانون رقم ٨٣ سنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية مقيمة حكمها فى ذلك على دعائم حاصلها أن دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، هى التى تختص دون غيرها بالفصل فى كافة الطلبات التى يقدمها رجال القضاء فى شأن من شئونهم الوظيفية؛ وأن نص المادة ٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨١ الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وكذلك نص المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والإجراءات أمامها، لا يخلو منها غير الفصل فى دستورية القوانين. ولا كذلك كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية. وإذا كان عزل القضاة من وظائفهم، من المسائل التى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون، لا بقرار بقانون؛ وكان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه، قد نص على أن يعتبر رجال القضاء الذين لا يعاد تعيينهم فى جهاتهم الأصلية أو ينقلون منها إلى جهة أخرى، محالين إلى المعاش بحكم القانون؛ فإن هذا القرار بقانون يكون مشوباً بعيب جسيم يجعله عديم الأثر.

فضلاً عن أن القرار بقانون المطعون عليه، صدر عن رئيس الجمهورية بما يجاوز حدود التفويض المخول له بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧، فقد حصر هذا القانون المسائل التى فوض رئيس الجمهورية فيها، فى تلك التى تتصل بالأوضاع الاستثنائية التى تتعلق بأمن الدولة وسلامتها، و تعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي.

ومن ثم يقتصر موضوع هذا التفويض على المسائل التى حددها ذلك القانون، والتى قصد بتنظيمها مواجهة الأوضاع الاستثنائية الناجمة عن عدوان ٥ يونيو ١٩٦٦، والتى لا يندرج تحتها مل تضمه القرار بقانون المطعون فيه من اعتبار القضاة الذين لا يعاونون إلى وظائفهم، ولا ينقلون منها إلى وظيفة أخرى، محالين بحكم القانون إلى المعاش. ومن ثم يكون هذا القرار بقانون قد خرج عن حدود التفويض، وصار مجرداً بالتالى من قوة القانون(١).

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٧٢/١٢/٢١ من الدائرة المدنية والتجارية -الطلب المقيد فى جدول المحكمة برقم ٢١ سنة ٣٩ ق [رجال قضاء].

وإذا كان ما تقدم يعبر عن اتجاه محكمة النقض في شأن اختصاصها -دون المحكمة العليا- بالفصل في دستورية النصوص اللاحقة التي لا ترقى مرتبتها إلى مرتبة للقانون؛ فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقبل كذلك أن تتولى المحكمة العليا تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، قولاً منها بأن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً ملزماً، مقصور على النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، ولا يتعداها إلى ذات نصوص الدستور. ولو أراد المشرع أن يدخل المحكمة العليا، سلطة تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، لنص على ذلك صراحة.

وثمة فارق كبير بين أن تفسر المحكمة العليا الدستور في محاولتها تفهم مراميها في مجال فصلها في دستورية قانون أو لائحة؛ وبين أن تفسر الدستور بصفة أصلية ومباشرة، تفسيراً ملزماً، خاصة إذا قدم إليها طلب تفسير الدستور، بمناسبة قضية منظورة أمام قاضيتها الطبيعي، وفي مرحلتها الحاسمة. فلا يكون هذا التفسير غير تدخل في شئون العدالة، ومصادرة لحق التقاضي والدفاع اللذين كفلهما الدستور في المادتين ٦٨ و٦٩؛ وتقليص لدور القاضي الطبيعي إلى مجرد التطبيق الحرفي لتفسير ملزم أتاه من المحكمة العليا. فلا ينزل على الخصومة المطروحة عليه، حكم قانون يراه صحيحاً، بل قاعدة ارتأها غيره موافقة لحلها.

فضلاً عن أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، مؤداه أن القانون بمعنى الكلمة هو محل رقابتها، وإن مراقبتها نصوص هذا القانون، لا تكون إلا على ضوء أحكام الدستور. ومن ثم تكون كلمة "القانون" الذي تفصل المحكمة العليا في دستوريته، هي ذاتها كلمة "القانون" الذي تفسر نصوصه تفسيراً تشريعياً. وإذا كان الدستور لم يفوض للمحكمة العليا -في تفسير نصوص الدستور- تفسيراً ملزماً تعبر به عن إرادة الجماهير، فإن انتحالها هذا الاختصاص لنفسها، يكون حابط الأثر<sup>(١)</sup>.

(١) المحكمة الإدارية العليا - (الدفتر الأولي) حكمها الصادر في ٩ أبريل ١٩٧٧ في الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٣ قضائية عليا في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجملة ٢٩ من مارس ١٩٧٧ في الدعوى رقم ٨٢٩ لسنة ٣١ التضائية المقامة من السيد كمال الدين حسين عبد الرحمن.

### المبحث السابع

#### إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور

١٤٧- وقد كان دستور ١٩٧١ أفضل الدساتير المصرية على الإطلاق فيما تضمنه من قواعد في شأن الدولة القانونية، أهمها تأكيد خضوعها للقانون، والنص صراحة على أن سيادة القانون أساس للحكم فيها، مع ضمان استقلال القضاء وحصانته لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

وهذه الملامح الرئيسية للدولة القانونية، هي التي كفلتها المادتان ٦٤ و٦٥ من الدستور، ومؤداهما خضوع الدولة لقواعد قانونية تسمو عليها، وتتقيد هي بها، فلا تخرج عليها في تصرفاتها، على أن يكون مضمون هذه القواعد -في حده الأدنى- موازيا للقواعد التي جرى العمل بإطراف في الدول الديمقراطية على تطبيقها بوصفها أسلوبا لحياتها وضابطا لحركتها.

وفي إطار هذه المفاهيم -وعلى ضوئها- كان منطقيا، بل وضروريا، أن تقوم جهة قضائية على ضمان تطبيق الدستور كقيد على السلطة في كل مظاهرها وأشكالها؛ وأن يكون بيد هذه الجهة وحدها سلطة التفسير النهائي لأحكام الدستور في نطاق الخصومة القضائية.

وفي إطار هذا الاتجاه، أحدث الدستور جهة للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي المحكمة الدستورية العليا، وأحاط بالقواعد الرئيسية لتنظيمها، من خلال تحديده لطبيعتها ونطاق ولايتها؛ وضوابط تشكيلها؛ وشروط تعيين أعضائها وحقوقهم وحصانته، وعدم قابليتهم للعزل؛ وجواز مساعلتهم تأديبيا؛ وقواعد نشر أحكامها وقراراتها في الجريدة الرسمية.

وفرض الدستور المشرع في بيان الآثار المترتبة على أحكامها الصادرة بإبطال النصوص القانونية المخالفة للدستور.

### المبحث الثامن

#### خصائص بنیان المحكمة الدستورية العليا

١٤٨- تلك هي الخطوط الرئيسية التي أقام الدستور في إطارها بنیان جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

ويلاحظ بشأنها ما يلي:

أولاً: حرص الدستور على أن تكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية قائمة بذاتها، كإفلا من خلال استقلالها أن تدير وحدها كل شأن من شؤونها، وأن تستقل في تصرفها، دون تدخل من أية جهة أيا كان موقعها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أتى الدستور بفصل خاص أفرده للمحكمة الدستورية العليا، دالاً به على موقعها من المحاكم جميعها؛ وفرد لها دور متميز عنها؛ ولأنها لا تعتبر جزءاً من السلطة القضائية.

وقد توخى الدستور بفصلها عن السلطة القضائية، بالرغم من مباشرتها لوظيفة قضائية بمعنى الكلمة، تحقيق أمرين:

أولهما: أن تكون أحكامها في الدعاوى الدستورية وكذلك قراراتها بتفسير النصوص القانونية تفسيرا شريعيا، ملزمة للسلطة القضائية بكل فروعها ومحاكمها أيا كانت طبيعة المنازعة التي تفصل فيها. ومما يناهض موقعها من السلطة القضائية، أن تكون جزءاً منها، ذلك أن الجزئية تفيد اشتقاق الفرع من الأصل.

ثانيهما: أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تفصل دون غيرها، ووفقاً لنصوص المواد ٢٥ [يند ثانياً] و ٣١ و ٣٢ من قانونها -فيما قد يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة قضائية، وكذلك فيما قد يقع من تعارض بين حكمين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين.

وقد اطراد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها تقوم بدور الحكم بين الجهتين القضائيتين المتنازعتين على الاختصاص، أو اللتين وقع التناقض بين أحكامهما النهائية.

(١) تنص المادة ١٧٤ من الدستور على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية متينة القاهرة.

ولا يجوز مع كونها حكماً، أن تكون طرفاً في خصومة التنازع أو التناقض؛ بل يجب أن تتوفر لها حينئذ واستقلالها عند الفصل في هذه الخصومة، وألا تكون جزءاً من هاتين الجهتين القضائيتين المتنازعتين كي تستقل عنهما بتشكيلها وضمائنها، بما يكفل تقيدهما معاً بأحكامها فسي شأن هذا التناقض أو التنازع (١).

كذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة، موداه إسباغ الولاية من جديد على الجهة التي عينتها كي تفصل في الخصومة التي نحتها عن نظرها؛ غير مقيدة بحكمها السابق بعدم اختصاصها بالفصل فيها، ولو كان هذا الحكم قد صار نهائياً (٢). وفي ذلك تلميح لأحكام المحكمة الدستورية العليا على كل جهة قضائية غيرها.

ثالثاً: على أن المحكمة الدستورية العليا، وإن لم تكن جزءاً من السلطة القضائية بمحاكمها المختلفة، إلا أنها تفصل في خصومة من طبيعة قضائية، سواء في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، أو في خصومة التنازع أو التناقض، أو في منازعة تنفيذ تتصل بها وفقاً لنص المادة ٥٠ من قانونها.

رابعاً: أن المشرع وإن عهد إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل في خصومة التنازع أو التناقض، وكذلك في خصومة التنفيذ على ما تنص عليه المواد ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانونها. فضلاً عن الفصل في كل طلب يقدم إليها وفقاً لنص المادة ٣٣ من هذا القانون لتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً؛ إلا ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية وفقاً لنص المادتين ٢٧ و ٢٩ من ذلك القانون، تبلور أهم اختصاصاتها، ودائرة الضوء التي تحيط بها. ومن ثم حرص نص المادة ١٢٥ من الدستور، على تقريره بصورة صريحة لا خفاء منها، حتى تظل المحكمة الدستورية العليا في مأمن من عدوان السلطة التشريعية على ولايتها فسي أكثر مجالاتها أهمية.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣ ص ٤٠٦ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها، وكذلك "دستورية عليا" القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية تنازع" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥ ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١٣ قضائية تنازع" جلسة ٢٠/٣/١٩٩٢ - قاعدة رقم ٧/١٢ ص ٥٦٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.



خامساً: أن الدستور وإن اختص المحكمة الدستورية العليا وأفردها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، إلا أن توليها لهذا الاختصاص لا يكون إلا على الوجه المبين في القانون.

وقد أقر البرلمان -بعد ثمانى سنين على صدور الدستور- قانون المحكمة الدستورية العليا مفصلاً به كيفية اتصال لخصومة الدستورية بها، والقواعد الإجرائية الخاصة بتحضيرها والفصل فيها. ومضيفاً إلى اختصاصها بالفصل في دستورية النصوص القانونية، اختصاصين آخرين يتعلق أحدهما بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً؛ وثانيهما بالفصل في تنازع الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين، وكذلك فيما يقع من تناقض بين حكمين نهائيين صادرين عن هاتين الجهتين.

### المبحث التاسع

#### تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا

١٤٩- ويلاحظ أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، وإن تعاقبتا على مباشرة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، إلا أن ثانيتهما كان دورها أكثر فاعلية، وجرائها أكثر ثوبًا.

فلم يكن موقفها من هذه الرقابة متوانيا، أو قائما على الحلول التوفيقية، بل تدفقا عريضا يقيم للشرعية الدستورية بنيانها الحق في إطار نظرية علمية لا تخطئها العين، أو تزوغ عنها الأبصار، بل تتكامل ملاحمها بما يحول دون اختراقها.

ولم يكن صحيحا بالتالي ما تصوره البعض من أن إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان وليد رغبة عميقة تتوخى ضمان حقوق الفرد وحرياته.

وربما كان نقيض ذلك صحيحا بعد أن توقع كثيرون أن تتعثر خطاها، وأن ترسخ في النهاية لضغوط عليها متفاوتة في درجتها، شأنها في ذلك شأن قضاء المحكمة العليا الذين كانوا يعينون لفترة زمنية موقوتة. وإن تكون المحكمة الدستورية العليا بالتالي غير مجرد واجهة ديموقراطية زائفة ليس لها من القوة أسبابها، خاصة وإن الفترة الفاصلة التي عايشتها المحكمة العليا لا تزال لها ظلالها، ولم تتدنر بعد توجهاتها، ولا القيم التي اتخذتها عقيدة لها بما يؤذن ببقاء المحكمة الدستورية العليا أسيرة لها، ولو بغير وعى منها؛ وبما يجعلها في النهاية مجرد ظلال سوداء تطبعها بقناعاتها.

غير أن الذين تصوروا مصيرا شائها للمحكمة الدستورية العليا، فاتهم أن المحاكم الدستورية في بلدان عديدة، حتى تلك التي تم ميلادها من أرحام النظم الشمولية أو ديكتاتورية القوة، كان إيمانها عميقا بضرورة أن تتحرر في ممارستها لوظيفتها القضائية، من أغلال السلطة التي خلقت لها أو أسستها. فلا تكون صوتا لها، ولا تختلط بأنفاسها، بل تستقل عنها بما ينفي تشبيهاها بالأجرام السماوية التي لا تغير من مدارها.

وإنما يكون لكل محكمة دستورية -ولو بصورة بطيئة ومتدرجة- نقطة انطلاق جوهريه تتمثل في بيتنها وضرورة تطویرها؛ وفي وجوب إخضاع المهام التي تقوم عليها لنظرة واقعية يبلورها قضاتها الذين لا يكرسون مفاهيم بالية لنصوص قانونية معينة تقم للنظم الشمولية معابدها، ولصور

الطفيلان أسبابها. وإنما هي آمال المواطنين وطموحاتهم يتخونها مدخل لرقابتهم على دستورية النصوص القانونية لضمان حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور.

وينبغي ألا يخيب عن البال أن المحكمة العليا كانت تعمل في أجواء خانقة، وكانت ولاية قضائتها محدود زمنها. ولكن ذلك لم يثبها عن أن تصدر أحكاماً رائدة في مجال الرقابة على دستورية القوانين، خاصة وأن أحكامها هذه كانت في المنين الأولى لمباشرة هذه الرقابة بصورة عملية. ولقضائتها كل التقدير لكل جهد بذلوه، والتوفير لعلمهم وخبراتهم.

### المبحث العاشر

#### موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوروبي والأمريكي

##### للرقابة على دستورية القوانين

١٥٠- على امتداد قرون عديدة، لم تكن حقوق الإنسان وحياته غير أفكار صاغتها وثائق إعلان الحقوق، إلا أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، نقلتها إلى تطبيقاتها العملية بما يوفقها والأوضاع المتغيرة في الجماعة يوماً بعد يوم، فلا تكون حركتها في إطارها، إلا تعبيراً عن إيمان المواطنين بضرورتها، ويقتضتهم في مجال الدفاع عنها.

وفي مجال مركزية الرقابة القضائية على الدستورية أو توزيعها، يقع التمييز بين النظامين الأمريكي والأوروبي.

ر فـ على ضوء النموذج الأمريكي، لا تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في محكمة واحدة، ولكنها تتوزع بين المحاكم جميعها، كي تفصل كلا منها في مسائلها، التي تراجعها فيها المحكمة العليا الفيدرالية<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك النموذج الأوروبي الذي يجعل الرقابة القضائية على الدستورية منحصرة في محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، على أن تكون لها سماتها الخاصة التي تفردها بها، والتي تفصلها عن غيرها من المحاكم.

وقد ساد هذا النموذج في كثير من الدول في بداية القرن العشرين، وعلى الأخص بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، كالمحكمة النمساوية والإيطالية والألمانية والمجلس الدستوري الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

(١) ظهر النموذج الأمريكي في بداية القرن التاسع عشر حيث تقرر بصفة رئيسية بالحكم الصادر في قضية: Marbury v. Madison (1 Granch), 137 (1803).

(٢) المواد من ١٤٧ إلى ١٤٨ من القانون الدستوري للنمسا المعمول به في ١٠/١٢/١٩٤٥؛ والمواد من ١٣٤ إلى ١٣٧ من دستور إيطاليا في ٢٧/١٢/١٩٤٧؛ وللمادة ٩٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية المعمول به في ٢٣/٥/١٩٤٩، وفي فرنسا من خلال مجلسها الدستوري المنصوص عليه في دستور ١٩٥٨/١٠/٤.

وتزايد عدد هذه المحاكم بعد أن أنشأتها دول كثيرة في الجزء الثاني من القرن العشرين من بينها إسبانيا والبرتغال وبلجيكا<sup>(١)</sup>.

واستقراء هذين النموذجين، يدل على اتحيّاز دول القانون العام إلى النموذج الأمريكي وعلى الأخص في كندا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند.

وتأخذ اليونان والدول الاسكندنافية بالرقابة اللامركزية بعد مزجها ببعض عناصر النموذج الأوروبي.

ولا تزال هذه الرقابة غير مسلم بها في دول قليلة كهلندا والمملكة المتحدة ولوكسمبورج، وإن صح القول بأن الأهمية التي أعطتها الدول بوجه عام للرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي التي نشرتها في دول أوروبا الشرقية نيبغاريا، والمجر، وبولندة، وجمهورية سلوفاكيا والجمهورية التشيكية.

ومع أن للرقابة على دستورية القوانين -حتى مع تباين الدول التي أقرتها في تنظيماتها- غاية وحيدة تتمثل في تحقيق الشرعية الدستورية من خلال تقييد كل سلطة بالحدود التي رسمها الدستور لها، وصون حقوق المواطنين وحرياتهم، إلا أن لكل جهة رقابية قواعد لتشكيلها، وتخوما لولايتها، وطرائق وآلية إجرائية، ووسائل فنية للفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، فقد تكون رقابتها سابقة على صدور القانون، أو لاحقة لتنفاذه.

وقد تكون رقابة مجردة تأخذ شكل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أو رقابة حية تبلورها خصومة دستورية يتطاحن أفرادها وتثير خلافا حاداً بين مصالحهم. وقد تكون الحقوق التي يكفلها الدستور لجهة الرقابة في بعض الدول أكثر سخاء من الحقوق المقررة في غيرها.

وقد زواج النظام في مصر بين النموذجين الأوروبي والأمريكي، وذلك بتركيزه الرقابة على الدستورية في يد جهة واحدة أنشأها الدستور بصفة خاصة لهذا الغرض -تأسيا بالنموذج الأوروبي-

(١) المواد من ١٥٩-١٦٥ من الدستور الإسباني الصادر في ١٢/٢٩/١٩٧٨؛ أما في البرتغال؛ فقد أنشئت محكمتها الدستورية بمقتضى القانون الدستوري رقم ١ لعام ١٩٨٢ المعمول به في ٩/٣٠/١٩٨٢. وفي بلجيكا أنشئت بها محكمة التحكيم بمقتضى تعديل دستوري تم في ٧/٢٩/١٩٨٠. ولم تعط لها سلطة الفصل في الحقوق الأساسية للمواطنين إلا بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في ١٥ يوليو ١٩٨٨.

هي المحكمة الدستورية العليا التي تفصل في المسائل الدستورية وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها، والتي يندرج تحتها الطعن في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -بعد العمل بها A Posteriori- عن طريق دفع يثار أمام محكمة الموضوع. وذلك استهزاء بالنموذج الأمريكي.

وينبغي أن يلاحظ أن دستور مصر لعام ١٩٧١، وإن كان حديثاً، إلا أنه ضم بين دفتيه شراء التجربة المصرية وتناقضاتها. وأية ذلك التركيز على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم الاشتراكية من جهة، مع إلقاء الاعتبار بقدر أقل للحقوق المدنية والسياسية، من جهة ثانية؛ وتأمين الحماية القانونية المتكافئة طوراً، مع تقرير حصة للعمال والفلاحين في المجالس النيابية لا تقل عن ٥٠% من مقاعدها طوراً آخر؛ وضمان حرية التعبير من جهة، واشتراط أن يكون النقد بناء من جهة أخرى؛ وتوكيد حق التقاضي للناس جميعاً، مع تحويل المواطنين دون غيرهم حق اللجوء إلى القاضى الطبيعي؛ والنص في الدستور على المحاكمة القانونية للمتهم التي يحدد المشرع إطارها؛ بدلاً من المحاكمة المنصفة التي يرسم الدستور ضوابطها؛ وتقرير العدالة الاجتماعية كفاعدة تحكم النظام الضريبي في الدولة، وعدم تطبيق مفهومها بالنسبة إلى غير الضريبة من الأعباء العامة، مما جعل الدستور بعيداً في بعض زواياه، عن أن يكون متجانساً في الأصول التي يقوم عليها<sup>(١)</sup>.

(1) Nathalie BERNARD-MAUGIRON, THESE DE DOCTORAT EN DROIT "LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE EGYPTIENNE ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX", le 5 juillet 1999, p.11

### الفصل العاشر

### الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون

#### المبحث الأول

#### الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة

١٥١- تحيط الرقابة القضائية على الدستورية بفروع القانون جميعها، سواء في أصول المسائل التي تنظمها، أو في أجزائها وتفاصيلها.

كذلك تتناول هذه الرقابة النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو التي أصدرها، ليس فقط من جهة الحقوق التي أخل بها صراحة، ولكنها تتسع كذلك لتلك التي أهدرها ضمنا، سواء قصد المشرع إلى مخالفة الدستور، أم كان الخروج على أحكامه قد وقع عرضا (١).

والرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تقوم لفروع القانون جميعها أسسها وضوابط تطبيقها، سواء تعلق الأمر بالقانون الخاص أو القانون العام.

وهي بذلك تتسع لكل المسائل التي تتناولها المشرع بالتنظيم، أيا كان موضوعها. فلا يظهر القانون في صورته النهائية، غير مجرد تعبير عن المفاهيم التي أدخلتها جهة الرقابة على بنيانه، ليظل محكوما بها، دائرا في فلكها لا يريم عنها.

ولئن صح القول بأن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز تخطيها؛ وكان الدستور لا يكفل للحقوق ضماناتها إلا بقصد تأكيد فعاليتها، ويحظر كل عدول على مجالاتها الحيوية التي يرتبط وجودها بها (٢)، وكان لا يجوز أن تختلط الوظيفة القضائية بالوظيفة التشريعية، بل ينبغي أن تكون للسلطة التشريعية إرادتها سواء في منطقة اختصاصاتها التنفيذية، أو

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٩٩ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/٧٤ - ص ١٠٦٧ الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٣/٨٣ - ص ١١٥٦ من الجزء الثامن.

فيما هو مقيد من مظاهر ولايتها؛ وكان من شأن القيود التي فرضها الدستور عليها، إبطال كل قانون يصدر على خلافها؛ وكان من المقرر حتى في نطاق سلطتها التقديرية أن ترتبط دستورية النصوص القانونية التي تقرها -علا- بما هو مشروع من أهدافها؛ وكان لا يجوز لجهة الرقابة أن تناقضها في مقاصد النصوص التي صاغتها؛ ولا أن تعارضها في حكمتها؛ ولا أن تتحلل لها غير المعاني التي قارنتها؛ ولا أن توجهها إلى سياسية تشريعية تراها أفضل من غيرها؛ ولا أن تقترح عليها تنفيذها في وقت دون آخر؛ ولا أن تبصرها بأوضاع معينة لم تدرکہا؛ ولا أن تلزمها ببدايل غير التي انتقته السلطة التشريعية لتنظيم الحق أو الحرية؛ فقد صار نقد السلطة التشريعية بتخوم ولايتها، أصلاً ثابتاً في المراجعة القضائية لتصرفاتها(١).

وفي هذه المنطقة، يباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر سلطاتها تأثيراً في مجتمعها، وأبعداً تحويراً للبنية، وأبلغها زجراً للسلطة التشريعية، وأقربها اتصالاً بضممان سيادة الدستور في إطار دولة قانونية ينبغي أن تعطيه كل اهتمامها وتوقرها.

وتبدو الآثار الواضحة والبعيدة لقضاء جهة الرقابة على الدستورية في فروع القانون المتصلة بالحرية الشخصية؛ وبحرمة الملكية الخاصة؛ وبحرية التعاقد؛ وبحق الدفاع؛ وبحق اللجوء إلى القاضى الطبيعي؛ وبضمان استقلال القضاء وحيثه لصون حقوق الأفراد وحياتهم جميعها؛ وب نطاق الأعباء المالية التي يجوز فرضها على المواطن؛ وبقوانين أحوالهم الشخصية وغيرها.

ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية، تتناول هذه النصوص في كافة مواضعها، ولما كان موضوعها.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في فروع القانون المختلفة بقدر تعلقها بالمسائل الدستورية المثارة في الخصومة المطروحة عليها. ولم تنحصر رقابتها بالتالي في فرع دون آخر من فروع القانون، ولكنها وسعتها جميعها انتقالاتاً برقابتها من النصوص الجنائية إلى النصوص المالية؛ وإلى الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في نطاق اختصاصاتها التشريعية الأصلية والاستثنائية؛ وإلى الحقوق التي كفلتها قواعد القانون الدولي؛ وإلى أدوائه في تنظيم العلاقات بين أسرة

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٦ - ص ٢٩٥  
 من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٣/٢٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥/٣٣ - ص ٥٢٧  
 من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.



الأمم كالمعاهدات الدولية؛ وإلى ضوابط التعيين والاختيار في الوظيفة العامة؛ وإلى غير ذلك من المسائل التي تنيرها النصوص القانونية كالحق في العمل، وفي الملكية، وغيرها من الحقوق التي تنفرد عن إرادة الاختيار. فلا تكون الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على النصوص القانونية المطعون عليها، غير رقابة شاملة تتناولها في كافة مواقعها، وبفض النظر عن نطقها بهذا الفرع أو ذلك من فروع القانون.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي

### المطلب الأول

#### المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي

١٥٢- يتصل تطبيق القانون الجنائي بالحرية الشخصية التي لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها.

ذلك إن الحرية الشخصية وثيقة الصلة بالحق في الحياة. وكل قيد على هذه الحرية يتخذ شكل الجزاء الجنائي، يتمخض عقابا مقتضيا إخضاع هذا الجزاء لأكثر صور الرقابة القضائية على الدستورية حدة.

ذلك إن النصوص الجنائية -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير مترمة تلتئم مع طبيعتها بالنظر إلى أن هذه النصوص هي التي تنشئ الجرائم وتقرر عقوباتها.

وإذا ساء القول بأن ضمان الحرية الشخصية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، على تقدير أن ما توخاه الدستور بصونها، هو مباشرتها دون قيود جائزة تتال منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها؛ وكلن القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، أو فيما بينهم وبين مجتمعهم، إلا أن هذا القانون يفارقه في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم مسا لا يجوز التسامح فيه اجتماعيا من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون القبول بها متوقعا من منظور اجتماعي.

ولا يجوز بالتالي أن يجرم المشرع غير الأفعال التي تربطها علاقة منطقية بأضرار اجتماعية لها من وضوح ملامحها ما يكتل تعيينها وتوكيدها Identifiable and ascertainable judicial harm.

وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائي، ملبيا لضرورة أن يتبها المذنبون لحياة أفضل، مسئلتها أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها، نائيا بعقابهم عن أن يكون واقعا بين الإفراط أو التفريط، منتبها إلى الحض على الجريمة لوته، أو مغاليا في ردع مرتكبها بالنظر إلى شدته.

ويتعين من ثم، أن يحيط الجزء الجنائي بهذه العوامل جميعها، وأن يصاغ على ضوءها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره Single valued approach.

وكما استقام الجزء الجنائي على قواعد يكون بها ملائمة، ومبرراً من منظور اجتماعي؛ فإن إحلال جهة الرقابة على الدستورية لخياراتها محل المشرع في شأن تقرير جزاء، أو تحديد مصادره، لا يكون جائزاً دستورياً<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### غموض النصوص الجنائية ونسائها

١٥٣- لعل أكثر ما يهدد الحرية الشخصية، أن يكون النص العقابي مُجهلاً بمعناه، أو منقاساً بمذاهب.

ذلك إن غموض النص العقابي موداه أن يجهل المشرع بالأفعال التي أُلِّمها، فلا يكون تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منبهما خافياً.

ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بطو مداركهم ولا يتسمون بانحدارها، إنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسمهم طريقاً إلى التخبط في شأن صحيح مضمونها ومراميها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصده منها، بصورة ينحصر بها كل جدل حول حقيقتها.

مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً Fair notice بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتيه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٦٥/٤٧ - ص ٧٢٤ و ٧٢٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. أنظر كذلك - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٣، ٢٢/٨ - ص ١٥٤ و ١٥٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. فضلاً عن القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٢ - ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٢/١٥ - ص ٢٧٧ - الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وليس جائزاً بالتالى أن يكون تطبيق تلك النصوص من قبل القائمين على تنفيذها، عملاً انتقائياً كاشفاً عن أهوائهم ونزواتهم الشخصية، ومبلوراً بالتالى خياراتهم التى يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون غير شراك لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأيهم بها نذيراً.

كذلك، فإن النصوص العقابية فضلاً عن غموضها، قد تتمتع بتميعها من خلال اتساعها وانفلاتها، فلا تنحصر دائرة تطبيقها فى تلك الأفعال التى يجوز تأنيبها وفقاً للدستور، بل تجاوزها إلى أفعال رخص الدستور بها، أو كفل صونها بما يحول دون اشتغال التجريم عليها.

وهو ما يعنى إفراطها فى التأنيب، فلا يكون نسيجها إلا ثوباً يفيض عنها، ولا يلتزم وصحیح بنيانها Broad and fluid determination (١).

ولا يجوز بالتالى أن تكون النصوص العقابية، شباكاً أو شراكاً يلتقيها المشرع متصيداً باقناعها، أو بخفائنها، من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، إذ لو جاز ذلك لكان بيد السلطة القضائية أن تصنفهم بنفسها - جميعهم متهمون محتملين - وأن تقرر من يجوز احتجازه من بينهم، فلا يكون غموض القوانين الجنائية وفراطتها، غير مدخل إلى إهدار حقوق كفلها الدستور، كذلك التى تتعلق بحرية التعبير، وبالحق فى تكامل الشخصية، وفى التنقل، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع (٢).

وكلما أتم المشرع أفعاله بذواتها حال وقوعها فى مكان معين، فإن تعيين حدود هذا المكان بما ينفى التجهيل به، يعتبر شرطاً أولياً لصون الحرية الشخصية (٣).

وصار لازماً أن يكون النص العقابى حاداً قاطعاً، لا يؤذن بتدخل معانيه أو تشابكها كسى لا تتداح دائرة التجريم، بما يخل بالأمن التى تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty التى يختل ضمانها من خلال قوانين جنائية تغتفر إلى الحد الأدنى من المعايير اللازمة لضبطها.

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٧ - ص ٧١٣ - ٧١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. راجع كذلك القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ 'دستورية' - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٧/١ - ص ١٦٦ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٥/٢٨ - ص ٣٦٣ - ٣٦٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق - قاعدة رقم ٤/٢٨ - ص ٣٦٣ من الجزء السادس.

فضلا عن أن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم، يقعون عادة -حذر العقوبة وتوقيفا لها- عن مباشرة الأفعال التي دخلتهم شبهة تأنيبها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها.

كذلك فإن غموض النصوص العقابية وتميعها، يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه.

وهي قواعد لا ترحض فيها، وتمثل إطارا لعملها لا يجوز للتحام حدوده، خاصة وأن الدستور لم يلزم السلطة التشريعية بأنماط بذواتها تفرغ فيها الأفعال التي تؤنبها، وإن كلفها بأن تعمل من أجل ضبط النصوص القانونية التي تحدد هذه الأفعال، بما لا يخل بالحدود الضيقة لنواحيها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### ضوابط دستورية العقوبة

١٥٤- دل الدستور بنص المادة ٦٦ التي تقضى بالآ جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، على أن السلطة التشريعية هي التي تتولى أصلا بنفسها -ومن خلال قانون بمعنى الكلمة- تحديد الجرائم وبيان عقوباتها.

وليس لها بالتالي أن تتخلى كلية للسلطة التنفيذية عن ولايتها هذه، أو عن جوانبها الأكثر أهمية؛ وإن كان يكتفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من الدستور، أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم، وما يقارنها من جزاء؛ لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، بما يجعل تدخلها في المجال العقابي وفق الشووط والأوضاع التي حددها القانون.

فلا بدور التجريم إلا مع النصوص القانونية التي تنسم بعموميتها وانتفاء شخصيتها  
générale et impersonnelle.

(١) "دستورية عليا" -التضمية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"- حلقة ١٢ هراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٣/١٧ -

٥ ص ١٦٧ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

ولا يعنى ذلك أن للسلطة التنفيذية مجالا محجوزا تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعا للسلطة التشريعية، ومحددا على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم (١).

ومن المقرر كذلك، أن وحدة التنظيم القانوني للجرائم التى لربط بها الجزاء الجنائى، لا ينال منها سرعان هذا التنظيم فى شأن أشخاص يختلفون فيما بينهم بالنظر إلى مضمون التزاماتهم التى عاقبهم المشرع على الإخلال بها عقابا جنائيا. إذ لا يعدو ذلك أن يكون تقريرا لجزاء جنائى فى شأن وقائع متخالفه. وليس من شأن تبينها أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها قد انتقل من المشرع إلى أيديهم (٢).

ولأن فكرة الجزاء -مدنيا كان أم جنائيا- مفادها أن خطأ معين لا يجوز تجاوزه، فقد صار محققا أن كل جزاء جنائى لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها.

ويتحقق ذلك فى المجال الجنائى من خلال النصوص العقابية التى تتحدد على ضوئها الأفعال التى أنشأها المشرع بصورة جلية قاطعة.

بما مؤداه ضرورة بيانها بما يكفل تعيين عناصرها تعريفيا بها، فلا يجوز قياس غيرها من الأفعال عليها، ولو كان مضمونها فجأ عابثا، أو كان وقوع الأفعال المقيسة، يثير اضطرابا عميقا.

ومن ثم تكون شرعية النصوص الجنائية، مقيدة نطقا تطبقها بما لا يلبسها بغيرها، وبمراعاة أن العقوبة التى تقارن هذه النصوص، لا تعتبر نتيجة لازمة للجريمة التى تتصل بها، بل جزءا منها يتكامل معها ويتممها (٣).

والأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلا ما غير مبرر، يؤكد قسوتها فى غير ضرورة.

(١) "دستورية عليا" القصية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - حلقة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧ - ص ٧٢٢-٧٢٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ٧٢٤ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية" - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤١٨ - ٤١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولم يعد جائزاً بالتالى، أن يكون مضمون الجزاء الجنائى أو مداه، أو كيفية تنفيذه، دالاً على مجافاته للقيم التى ارتضتها الأمم المتحضرة، والتى تؤكد رقى حسنها، وتكون علامة على نضجها على طريق تطورها.

خاصة وأن العمل فى الدول الديمقراطية جميعها، قد دل على تسليمها بالحقوق -التي تعتبر بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها- وثيقة للصلة بالحرية الشخصية؛ والتى لا يجوز معها أن تكون العقوبة مقيدة للحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة. وهى تكون كذلك بقسوتها أو امتنانها للكرامة الإنسانية.

ذلك أن انحطاط أو فحش الجزاء، مؤداه خروجه بصورة واضحة على الحدود التى يكون معها موائماً للأفعال التى أثمها المشرع، بما يصادم التقدير الخلقى لأوساط الناس فيما يكون فى مفهومهم -وعلى ضوء القيم التى توارثوها، والعقائد التى لا يتحولون عنها- حقاً وصفاً (١).

\* كذلك فإن الأصل فى العقوبة هو تبريدها لا تعميمها، ذلك إن الجرائم لا تتحد فى خطورتها، ولا يعتبر المتهمون نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جرائمهم أو دوافعها، أو خلفيتها.

وهم كذلك لا يتجانسون فى خصائص تكوينهم؛ ولا فى قدر ذكائهم، ولا فى نوع تعذيبهم؛ ولا فى درجة نزوعهم إلى الإجرام، وترددها بين لينها واعتدالها؛ وغلوها، وإسفافها.

والاستثناء من قاعدة تبريد العقوبة أياً كان غرضه، مؤداه أن المذنبين تجمعهم صورة واحدة يصوبون فى قالبها، وأنهم يتوافقون فى ظروفهم وأنماط سلوكهم، وأن وحدة جرائمهم تقتضى وحدة عقوبتهم. وهو ما يعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة، بما يفقد العقوبة فى مجال توقيفها، تناسيها مع وزن الجريمة وخطورتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض.

وإذ تبطل المحكمة الدستورية العليا العقوبة التى فرضها المشرع بالنظر إلى انعدام تناسيها مع الجريمة التى تقارنها، فإنها تتال من ذات التقدير التشريعى للعقوبة.

وكذلك الأمر إذا حظر المشرع وقف تنفيذ العقوبة المقررة للجريمة. ذلك أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لهذا الخطر -وهو تقدير تشريعى- مؤداه أن تستعيد محكمة الموضوع بنظرها فى

(١) الحكم السابق -ص ٤١٩- ٤٥٠ من الجزء السابع.

تفريد العقوبة. فلا تنزلها بنصبها على الواقعة الإجرامية بافتراض ملائمتها لها ففى كل أحوالها ومتغيراتها. ولكنها تزن وطأة العقوبة، بنوع الجريمة وظروفها وشخص مرتكبها، ضمناً من جانبها لمعقولة العقوبة وإنسانيته.

• يؤيد هذا النظر، أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذى يحقق الإسلام المقصود بها، ليتهاً بتطبيقها -بالصورة التى صلبها المشرع فيها- خطر اتصال المحكوم عليها، بمذنبين آخرين ربما كانوا أفدح أجراماً.

وليس ذلك من السياسة الجنائية فى شئ. وهو كذلك يناقض جوهر الوظيفة القضائية، وقوامها أن يستظهر القاضى دور كل منهم فى الجريمة، ونواياه التى قارنتها، وخياراته بشأنها، وما نجم عنها من ضرر، وبما يوائم بين الصيغة التى أفرغ المشرع العقوبة فيها، وملاءمة تطبيقها فى شأن جريمة بذاتها جبراً لأثارها من منظور موضوعى يتعلق بها وبمرتكبها (١).

فلا يكون تقدير القاضى للعقوبة التى يوقعها غير شرط يقتضيه الدستور بصفة أولية لضمان موضوعية تطبيقها.

A constitutional Prerequisite to the proportionate imposition of penalty.

كذلك تبلور العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن الجريمة مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، والتى لا يندرج تحتها رغبة الجماعة أو حرصها على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو معيها ليكون بظمتها بالمتهم تكفيراً عن الجريمة التى ارتكبها وتكليلاً به؛ وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازماً لحمل

(١) "دستورية عليا" -القصية رقم ١٢٣ لسنة ١٨ ق: "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٦٣/٦- ص ٩٢٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

راجع كذلك "دستورية عليا" -القصية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -القاعدة رقم ١٤١، ١٣، ١٢، ١١، ٤٧/٧١٦، ٧١٧ من الجزء الثامن؛ فضلاً عن القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق: "دستورية" -جلسة ٣ أغسطس ١٩٩٦/قاعدة رقم ٧/٣ - ص ١٠٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ وكذلك القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١ سبتمبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٤ ص ٨٥٠ وما بعدها من الجزء الثامن.



الفرد على أن ينتهج طريقاً سويلاً لا تكون الجريمة مدخلاً إليه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها(١).

وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين نوعين من الردع:

أحدهما ردع عام، ويتمثل في العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن الجرائم التي حددها، مندرجاً بوطأة عقوبتها على ضوء خطورة كل جريمة، ليحمل من خلال عبثها، جناة محتملين على الإعراض عنها.

وثانيهما ردع خاص يتحقق في شأن جريمة ارتكبها شخص معين ليحدد القاضى نطاق مسؤوليته عنها، وقدر العقوبة التي تتناسبها، كرد فعل لها.

ويتصل الردع الخاص بالتالي بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية -لا محتملة- ليقتدر القاضى عقوبتها بصورة منطقية تربطها بالجريمة وبمرتبتها، فلا يتم توقيعها جزافاً أو بصورة نمطية، وإنما لتقابل عقوبة الجريمة حدود مسؤوليته عنها، وبقدرها، بما يؤكد معقوليتها(٢).

\* ولا إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الأمم المنحضرة. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل منهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام توزنهما وتردهما إلى حدود منطقية. وإنما يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إزامية يملكها وبوجهها، من بينها حق المتهم في الحصول على مشورة محام، والحق في مجابهة الأدلة التي تقدمها النيابة العامة إثباتاً للجريمة ودحضها، وكذلك مواجهته لشهودها، واستدعاءه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه(٣).

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٨/٣ -قاعدة رقم ٤١/٣ من ٧٠ و ٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق -ص ٧١، ٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٩/٨ -ص ١٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها وأنظر كذلك "دستورية عليا" القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٢١/١٥ -ص ٢٧٦-٢٧٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

كذلك "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يولييه ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٠٠٢٩/٤٨ -٧٤٥ من الجزء السابع.

\* كذلك يقتضى ضمان الحرية الشخصية، ألا يؤخذ بجريرة الجريمة غير جناتها، ولا ينال عقابها إلا من أتاها، ضماناً لشخصية العقوبة التى لا يجوز توقيعها فى شأن شخص لا يعد مسؤولاً عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

\* وينبغى دوماً أن تتوازن العقوبة التى فرضها المشرع فى شأن الأفعال التى أتمها مع خصائص هذه الأفعال ودرجة خطورتها. فإذا أخذت تناسبها معها، صار فرضها من المشرع، وتوقيعها من القاضى، مخالفاً للدستور (١).

\* لا تنقد النصوص العقابية خصائصها كنصوص قانونية أوردتها المشرع فى مجال التجريم، ولو كان عوارها دالاً على إنبهاها. إذ يقتصر أثر هذا العوار على إبطالها لانتفاء وضوحها وبقيتها. وهما معنيان يلزمانها ولا ينفكان عنها، حتى يكون المخاطبون بها واعين بحقيقتها، فلا تخفى عليهم الأفعال التى أتمها المشرع (٢).

\* ليس الجزاء فى المسؤولية الجنائية - التى لا يحركها إلا ضرر عام اتصل بإتيان الأفعال التى أتمها المشرع - محض تعويض. بل ينحل إيلاً مقصوداً لردع جناتها، حتى يكون الوقوع فى الجريمة من جديد أقل احتمالاً.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التى لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته أو توقعها. بل مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأعيار ضرراً، سواء كان هذا العمل عمداً أم إهمالاً أو فعلاً بغير علم أو إهمال.

ومن ثم كان جزاؤها للتعويض الجابر لعناصر الضرر جميعها - مادية ومعنوية - وإن جاز النزول عن هذا التعويض باعتباره من الحقوق الشخصية، خلافاً للدعوى الجنائية التى لا يجوز النزول عنها أو التصالح عليها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٨ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - القاءة رقم ٥٨ - ص ٧٦٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولئن كان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد ضاراً بالجماعة وبمصلحة الفرد في آن واحد؛ وكان نياعدهما كذلك متصوراً؛ إلا أن أظهر ما يمايز بينهما، أن افتراض الخطأ وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها (١).

\* لا يؤثم المشرع أفعالا بذواتها إلا من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء على ارتكابها، مصيبا بعينها -ولو اتخذ شكل غرامة مالية- من يكون مسئولاً عنها من الفاعلين والشركاء، كلما قدر أن وطأة هذه الغرامة تكفي لردع من يتحملون بها، أو تصرفهم عن تجريمها، فلا يقدمون عليها. وتلك أغراض تستهدفها القوانين الجنائية في عموم تطبيقاتها (٢).

\* ليس بشرط في الجزء الجنائي -وأياً كان مداه- أن يكون معينا بصورة مباشرة، بل يكفي أن يكون هذا الجزء قابلاً للتحديد. وهو ما يقع على الأخص كلما ربط النص العقابي بين الغرامة التي فرضها؛ وإعمال المخالفين لقوانين المباني تصحيح مخالفتهم أو إلزاتها، محدداً مقدار هذه الغرامة بقدر المدة التي امتد إليها الإخلال بواجباتهم التي فرضتها تلك القوانين (٣).

\* لا يجوز إسباغ الشرعية الدستورية على نظم جنائية لا تتكأف من خلالها وسائل الدفاع التي أتاحها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها، فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها أو نفيها (٤).

\* كلما كان مضمون النصوص العقابية يحتمل أكثر من تفسير، تعين أن يرجح للقاضي من بينها، ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية، في إطار علاقة منطقية يقيمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها، أو التي يمكن افتراضها عقلاً (٥).

(١) الحكم السابق ص ٧٦٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٧٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) "دستورية عليا" -التصية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - القاعدة رقم ٤٧ / ١٠ - ص ٧١٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ ق "دستورية"- جلسة ١٥/٣/١٩٧٧ -قاعدة رقم ٨/٢٠- ص ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٥) "دستورية عليا" -التصية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق "دستورية"- جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٨ ص ٤٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

• لا يكون الجزاء مخالفاً للدستور، كلما ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها. كذلك لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التي جرمها المشرع، من خلال عقوبة قرن بها بإتيانها أو تركها(١).

• يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور، كلما اختل التبادل بصورة ظاهرة La disproportion manifeste بين مدها وطبيعة الجريمة التي تعلق بها(٢).

• لا يتعلق الجزاء الجنائي الواحد بغير الأفعال التي تتحد في خصائصها.

فإذا مزج المشرع بين أفعال غشبية التناثر في مضمونها وأثرها؛ وافترض بذلك تماثلها في مكوناتها، وتساويها فيما بينها؛ فجمعها على صعيد واحد، وكان ذات اللواء يصلحها ويرد عنها أسقامها؛ فإن إزال جزاء واحد على هذه الأفعال المتناثرة خصائصها، يكون مخالفاً للدستور(٣).

• يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتنفيذ هي بها، على ضوء مستوياتها التي التزمتهما الدول الديمقراطية، واستقر العمل لديها على انتهاجها في مظاهر سلوكها، ويندرج تحتها، تصعيد الجزاء -جنائياً أو مدنياً أو تأديبياً أو مالياً- بقدر خطورة الأفعال التي ارتبط بها(٤) In ascending order فلا يتسم الجزاء بالإفراط، ولا بالنقص.

• يتعين على الأخص في كل عقوبة، ألا تكون مجاوزة بقسوتها الحدود التي توازنها بالأفعال التي أثمها المشرع؛ ولا أن تكون منتهية إلى معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد.

(١) "تسوية عليا" -الْقَضِيَّة رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "تسوية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣٠٢/١٠٠ ص- ١٣٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "تسوية عليا" -الْقَضِيَّة رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "تسوية" - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ ص- ٨٦٨ - ٨٦٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "تسوية عليا" -الْقَضِيَّة رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "تسوية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "تسوية عليا" -الْقَضِيَّة رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "تسوية" - جلسة ٣/٢/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤٢٣ من الجزء السابع؛ "تسوية عليا" - الْقَضِيَّة رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "تسوية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ذلك أن الاتهام الجنائي لا يجوز أن يكون متلاحقاً، بما يقوض اطمئنان المتهم، ويجعل حقه قلعاً مضطرباً، تهدده سلطة الاتهام بياسها ونزواتها، تمد إليه بطشها حين تريد، كي تلحق به أشكالاً من المعاناة يجهل معها مصيره، ولا يأمن معها أن تعيده من جديد لدائرة اتهامها(١).

\* لا يجوز أن يكون التحرش بالمتهم سياسة جنائية تؤمن عواقبها، أو تستمد دوافعها من نصوص الدستور.

إذ هي في حقيقتها عدوان على الحرية الشخصية التي كفلها، والتي ترقى بأهميتها إلى حد إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق وجوداً من نشأة الدولة بكل تنظيماتها، حتى عند من يقولون بأن عقداً اجتماعياً قد انتظمها مع المقيمين فيها، وأنهم نزلوا لها بمقتضاء عن بعض حقوقهم، لتمارسها هي بما يحقق مصالحهم في مجموعها(٢).

\* يفترض تأنيب المشرع أو الدستور أفعالا بذواتها أو صوراً من الامتناع يحددانها، أن تتمحض سلوكاً -إيجابياً كان أم سلبياً- فلا تكمن في أعماق النفس، ولا تكون مغلقة بخائلفها.

وإنما يكون ارتكابها أو الامتناع عن إتيانها معبراً عن إرادة عصيان نصوص عقابية أمرة زجر بها المشرع المخاطبين بها.

ولا كذلك ما تقره السلطة التشريعية من نصوص قانونية في مجال التجريم، ولا ما يصدر من هذه النصوص عن السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها.

ذلك أن تلك النصوص لا تبلور عملاً مادياً تظهر به الجريمة على مسرحها، ولكنها تحدد لدائرة التجريم نطاقها، على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تقدرها(٣).

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ق "دستورية" جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ٢٢/١٨ - ٢٣ ص ٢٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - المساعدة رقم ٧/٤٧ - ٨ ص ٧١٤ - ٧١٥ من الجزء الثامن؛ ص ١٥٣ من الجزء السابع - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ق - "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ١٨/٨ - ٢٠.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٣١، ٩٣٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

• لا يجوز أن يكون سريان النصوص العقابية رجعياً، بل مباشرة لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون الذي يجرمها (١).

#### المطلب الرابع .

#### في الجريمة العمدية وغير العمدية

١٥٥- مناط العلائق التي ينظمها القانون الجنائي في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية، إذ هي التي يتصور إثباتها ونفيها؛ وهي التي يتم التمييز على ضوءها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التي تدبرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها، وإيقاع العقوبة التي تلتزمها (٢)؛ وهي التي تستخلص منها كذلك توافر القصد الجنائي أو تخلفه من خلال نظرها في عناصرها، وتقييمها عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها.

ومن ثم تبلور عناصر هذه الأفعال إرادة عقل واع أبصر نتائجها وحرص على تحقيقها.

ولا يتصور بالتالي وفقاً لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل الموثم، والنتائج التي أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية -وليس النوايا التي يضمورها الإنسان في أعماق ذاته- تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكاً خارجياً مواخذاً عليه قانوناً.

فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجياً في صيغ مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة (٣).

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧ -ص ٤٢٧ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ قاعدة رقم ٢ -ص ٥٩ من الجزء السابع من أحكامها.

(٣) الحكم السابق ص ٥٩.

١٥٦- والأصل في الجرائم، أنها تعكس تكويننا مركباً، باعتبار أن قوامها تزامناً بين يد اتّصل الإثم بعملها، وعقل واع خاطئها ليهيمن عليها محدداً خطأها، متوجهاً إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، ليكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في الجريمة (Mens Rea) مُكملاً لركنها المادى (Actus Reus)، ومتلائماً مع الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها.

وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحضرة في مناهجها في مجال التجريم بوصفها ركناً في الجريمة، وأصلاً ثابتاً كامناً في طبيعتها. ذلك أن حرية الإرادة تعنى حرية الاختيار بين الخير والشر. ولكل وجهة هو مؤلّتها، لتتحل الجريمة -في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التي تعمل فيها تلك النزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلاً عن الانتقام والثأر المحض من صاحبها.

وغداً أمراً ثابتاً -وكأصل عام- ألا يجرم الفعل ما لم يكن إرادياً قائماً على الاختيار الحر، ومن ثم مقصوداً.

ولئن جاز القول بأن تحديد مضمون تلك الإرادة ووفقاً على ماهيتها، لازال أمراً عسواً، إلا أن معناها -وبوصفها ركناً مادياً في الجريمة- يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجانحة felonious intent أو النوازع الشريرة المدبرة malice aforethought أو تلك التي يكون الخداع قوامها fraudulent intent أو التي تتمحض عن علم بالتأثيم، مقترناً بقصد اقتحام حدوده guilty knowledge، لتكفل جميعها على إرادة إثبات فعل بغياً<sup>(١)</sup>.

على أن هذا الأصل -وإن ظل محورياً للتجريم- إلا أن المشرع عمد أحياناً -من خلال بعض اللوائح - إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائي، باعتبار أنها لا تدل بذاتها على جنوح إلى الشر والعنوان، ولا يخل بها قدر مرتكبها أو اعتباره، وإنما ضبطها المشرع تحديداً لمجرها، وحداً من مخاطرها، وأخرجها بذلك عن مشروعيتها -وهي الأصل- وجعل عقوباتها متوازنة مع طبيعتها، فلا يكون أمرها غلواً من خلال تغليظها، بل هيئاً في الأعم.

وقد نساعد هذا الاتجاه إثر الثورة الصناعية التي تزايد معها عدد العمال المعرضين لمخاطر أدواتها وآلاتها ومصادر الطاقة التي تحركها. واقترن ذلك بتعدد وسائط النقل وتباين قوتها، وبتكس

(١) الحكم السابق ص ٥٩ و ٦٠.

المدن ولزدهام أحيائها، وبغلبة نواحي الإخلال بالصحة العامة وبوجه خاص من خلال الاتصال بالمواد الغذائية سواء عند إنتاجها أو توزيعها وتداولها أو بمراعاة نوعيتها.

وكان لازماً بالتالى -لمواجهة تلك المخاطر- أن يفرض المشرع على المسؤولين عن إدارة الصناعة أو التجارة وغيرهم قيوداً كثيرة غايتها أن ينتهج المخاطبون بها سلوكاً قويمًا يقتضيهما بذل العناية التى يتوقعها المشرع من أوساطهم، ليكون النكول عنها -وبخض النظر عن نواياهم- دالاً على تراخى بقطعتهم، ومستوجبا عقابهم.

غير أن تقرير هذا النوع من الجرائم فى ذلك المجال، ظل مرتبطاً بطبيعتها ونوعيتها، ومنحصراً فى الحدود الضيقة التى تقوم فيها علاقة مسئولية بين من يرتكبها، وبين خطر عام، لتكون أوثق اتصالاً برضاء المواطنين وصحتهم وسلامتهم فى مجموعهم *Public Welfare Offenses* وبإهمال من قارفها نوع الرعاية التى تطلبها المشرع عند مباشرته لنشاط معين، أو بإعراضه عن القيام بعمل أُلِّف عليه باعتباره واجباً، وبمراعاة أن ما نواحه المشرع من إنشائها هو الحد من مخاطر بذواتها بتقليل فرص وقوعها، وإنماء القدرة على السيطرة عليها، والتحوط لدرئها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون إيقاع العقوبة المقررة لها، معلقاً على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر النتيجة الضارة التى أحدثها *foreseeability of resulting harm*

ذلك أن الخوض فى هذين الأمرين يعطل أغراض التجريم، ولأن المتهم -ولو لم يكن قد أراد الفعل- كان باستطاعته أن يتوقاه لو بذل جهداً معقولاً لا يزيد وفقاً للمقاييس الموضوعية عما يكون متوقفاً عقلاً من أوساط الناس *Ordinary reasonable man*. فإذا لم يبذل هذا الجهد، ونجم ضرر عن الفعل، صار مسئولاً عنه ولو وقع بصفة عرضية أو كان مجاوزاً تقديره.

١٥٧- ولازم ما تقدم، أن الجرائم غير العمدية استثناء من الأصل فى جرائم القانون العام التى لا تكتمل مقوماتها إلا باعتبار أن القصد الجنائى ركن فيها، مقتضياً تدخل إيجابياً مقترناً بالإرادة الواعية التى تعطى العمل دلالة الإجرامية. وبها يكون العدوان فى الأعم وأقعا على حقوق الأفراد أو حرياتهم أو ممتلكاتهم أو حياتهم أو آدابهم *public decency and morality* (١).



١٥٨- ويمثل القصد للجناي أكثر العناصر تعقيدا في المجال الجنائي، باعتباره متصلا بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختارا على إتيان الفعل المؤثم قانوناً. وهي حالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي تدل على أن إتيان الجاني أفعالا بذواتها، كان بغرض تحقيق نتيجة إجرامية بعينها. ولا كذلك الجريمة غير العمدية التي تقوم على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنيانها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو ينتفى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها. ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، محددا ضابطها بما كان ينبغي أن يكون سلوكا لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط [Ordinary reasonable person's standard of care] لتمثلي الجريمة غير العمدية انحرافا ظاهرا عن ذلك المقياس، يتحدد بقره، نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائرا أصلا -وبوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها، فكلما أُرْداها الجنائي وقصد إليها، موجها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها لبحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره عناصر الخطأ التي تكونها.

وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبا، ولا اعتباره مسئولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها (١).

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية يجمعها معيار عام يتمثل في انحرافها عما يعد -وفقا للقانون الجنائي- سلوكا معقولا لأوساط الناس؛ وأن صور الخطأ التي تقارنها، تتباين فيما بينها، سواء في نوع المخاطر التي تتصل بالخطأ أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثما في تقديره، مع بيان عناصر الخطأ في كل جريمة غير عمدية قطعاً لكل جدل حول ماهيتها، وحتى لا تحمل النصصوص

(١) "مستوبية عليا" - القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤/١٩ - ٦ ص ٢٩٠ - ٢٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

العقابية المخاطبين بها بما لا يطيقون، ولا تؤاخذهم بما جهلون، ولا تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير مذنبين، ولا أن تنهاهم عما ألبس عليهم، وإلا كان التجريم خداعاً أو خطأ، يناقض النظم العقابية جميعها التي تأبى أن تتحدر آدمية الإنسان إلى أدنى مستوياتها إذا ما أخذ بالظن والاحتمال..

وكلما فرض النص المطعون فيه عقوبة المخالفة كجزاء على الأفعال التي أُلِّمَها، فإنّ هن هذا الجزاء، يدل على تعلقه بأفعال لا يتعمدها مرتكبها، ليكون قولها خطأ اتخذ من مفهوم الجريمة غير العمدية، إطاراً.

### المطلب الخامس

#### في رجعية القانون الأصلح للمتهم

١٥٩- كذلك فإن الأصل في النصوص العقابية هو أن يكون سريانها بأثر مباشر، فلا يكون تطبيقها رجعياً إعمالاً لقاعدة كلفتها المواثيق الدولية، وردّتها المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية التي تقضى بأنّه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها<sup>(١)</sup>. ولا نفاذ للقوانين الجنائية بالتالى فيما قبل وقت العمل بها، وإلا كان تطبيقها رجعياً.

ويتعين لذلك ألا تتعلق هذه القوانين بغير الأفعال التي ارتكبها جناةها بعد سريانها، ليكون نفاذ تلك القوانين سابقاً عليها La loi préalable.

على أن سريان القوانين الجنائية، على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان غير جائز أصلاً، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ؛ إلا أن القانون الجنائي الأكثر رفقاً بالمتهمة، يكفلها ويصونها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥ مارس ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٧/٣٠ ص

٤٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ويتحقق ذلك إما بإنهاء تجريم أفعال أئمتها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تعديل نكيفتها، أو بتغيير بنيان بعض عناصرها، بما يحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل وطأة؛ وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها، إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه<sup>(١)</sup>.

ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا وتتكاملان:

أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعا كلما كان أشد وقعا على المتهم.

ثانيتهما: وجوب تطبيق القانون اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون سابق، كلما كان تطبيق القانون الجديد في شأن المتهم، أكفل لحريته.

ذلك إن كل قانون جديد يحو عقوبة الأفعال التي أئمتها القانون القديم أو يخففها، إنما ينشئ للمتهم مركزا قانونا أفضل يقوض مركزا سابقا.

ومن ثم يحل القانون الجديد - وقد صار أكثر رफقا بالمتهم، وأعون على صون الحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لا يمس - محل القانون القديم، فلا يتزاحمان أو يتداخلان، بل يكون أحقهما أولى بالتطبيق من أسبقهما.

وغدا لازما بالتالي - في مجال إعمال القوانين الجنائية الموضوعية الأكثر رफقا بالمتهم - تأكيد أن صون الحرية الشخصية من جهة وضرورة الدفاع عن مصالح الجماعة والتحوط لنظامها العام من جهة أخرى، مصلحتان متوازيتان، فلا تنهضان.

وصار أمرا مقضيا، وكلما كان التجريم المقرر بالقانون السابق، قد ارتبط بتدابير استثنائية قرر المشرع ضرورة اتخاذها خلال الفترة التي ظل فيها هذا القانون نافذا؛ وكان القانون اللاحق قيد دل على أن هذه التدابير الاستثنائية التي انبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها؛ لم تعد لها من فائدة، فإن تطبيق هذا القانون يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها<sup>(٢)</sup>. فلا يكون إنفاذ

(١) الحكم السابق - قاعدة رقم ٩/٣٠، ١٠ - ص ٤٦٧، ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٢) الحكم السابق - قاعدة رقم ١٦/٣٠، ٢٠ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ من الجزء الثامن.

القانون الجديد منذ صدوره، إلا نثبينا للنظام العام بما يحول دون انفراط عقده، بعد أن صائر هذا القانون أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحياتهم.

وما تطبيق القانون الأصلح للمتهم إلا إعمالاً للسياسة العقابية الجديدة التي اختطتها السلطة التشريعية على ضوء فهمها للحقائق المتغيرة للضرورة الاجتماعية.

ويفترض إعمال السياسة، أن يكون القانونان السابق واللاحق اللذان نقارنهما ببعض لتجديد أصلحهما للمتهم، غير مخالفين للدستور، ومتراحمين على محل واحد، ومتفاوتين في العقوبة المقررة بكل منهما. فلا تأخذ من صور الجزاء التي تعتمد على المحل الواحد، إلا تلك التي تكون في محتواها أو أوصافها أو مبلغها Le contenu, les modalités et le quantum des peines أقل بأساً من غيرها.

والمبادئ المتقدم بيانها والتي رددتها الأمم المتحدة، هي التي كفها في فرنسا مجلسها الدستوري وذلك فيما قرره من:

أولاً: كلما نص القانون الجديد على عقوبة أقر قسوة من تلك التي قررها القديم، نعين أن نعامل النصوص القانونية التي تنفي الحد من آثار تطبيق القانون الجديد في شأن الجرائم التي تم ارتكابها قبل نفاذه، والتي لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقضى، باعتبارها متضمنة إخلالاً جسيماً بالقاعدة التي صاغتها المادة ٨ من إعلان ١٩٧٩ في شأن حقوق الإنسان والمواطن، والتي لا يجوز للمشرع على ضونها أن يقرر للأفعال التي يؤثمها، غير العقوبة التي تقتضيها ضرورة شديدة الحدة والوضوح Lo loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.

ذلك أن عدم تطبيق القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبها جناة في ظل القانون القديم، مؤده أن ينطق القاضي بتعقوبات ذاتها التي قررها هذا القانون، والتي لم يعد لها -في تقدير السلطة التشريعية التي أحدثتها- من ضرورة (١).

ثانياً: أن تأميم المشرع لأفعال بنواتها، لا ينفصل عن عقوباتها التي يشترط لتوقيعها أن تكون مشروعة في ذاتها، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع التي نقارنها.

ولا تتعلق هذه الضوابط بالعقوبات التي توقعها السلطة القضائية فقط، ولكنها تمتد لكل جزاء يتسم بخصائص العقوبة، ولو كان المشرع قد عهد بالنطق به إلى جهة غير قضائية(١).

ثالثاً: على جهة الرقابة على الدستورية -وإعمالاً منها لمبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها- أن تقتصر في ملازمة العقوبة التي فرضها المشرع للأفعال التي أئتمها، باعتبارها شرطاً مبدئياً لتقرير دستوريته(٢). فإذا اختلف التوازن بصورة ظاهرة بين الجريمة وعقوبتها، صار الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور(٣).

رابعاً: أن النصوص الجنائية التي يتعين تطبيقها بأثر مباشر على الأفعال اللاحقة للعمل بها، هي تلك التي تكون عقوبتها أشد قسوة من تلك التي قررتها النصوص القديمة(٤).

خامساً: القول بعدم سريان القانون الأصلح على الجرائم التي تم ارتكابها في ظل القانون القديم، مؤداة تطبيق العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم، والتي لم يعد لها من ضرورة في تقدير السلطة التشريعية ذاتها(٥).

“Le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l’empire de la loi ancienne, la loi penale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l’appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires”.

(1) C.C. 87 - 237 D.C., 30 decembre 1987, R.p. 63.

(2) C.C. 86 - 215 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.130 ; C.C. 87 - 237 D.C., 30 dec. 1987, R.p.63.

(3) C.C. 87 - 237. D.C., 30 Sep. 1987, R.p.63.

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد أصدر حكماً في ٢٠ يناير ١٩٩٤ أثار قدراً كبيراً من الجدل لأنه قضى بأن عقوبة الثلاثين عاماً التي فرضها المشرع على قتل القصر الذين بلغوا خمسة عشر سنة والتي اقترن القتل بها أو كان مسوقاً باغتصاب الضحية أو تعذيبه أو مباشرة أعمال بربرية عليه، لا تتسم بالمغالاة، ولا تنافي ضرورة العقوبة لمواجهة هذه الأفعال.

C.C. 93 - 334 D.C., 20 Janvier 1994, R.p.27.

(4) C.C. 82 - 125 D.C., 30 decembre 1982, R.p.88.

(5) C.C. 80 - 127 D.C., 19 et 20 Janvier 1981, R.p.15.

### المبحث الثالث

#### الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي

١٦٠- يبلور قانون الإجراءات الجنائية خصائص الدعوى الجنائية، ومن له الحق في رفعها ومباشرتها وقيود تحريكها<sup>(١)</sup> وتحقيقها، وأحوال انقضائها، والقيام بأعمال التحقيق، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتلبس بالجريمة، والقبض على المتهم ودخول المنازل وتفتيشها، وتفتيش الأشخاص وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة، وانتهاء التحقيق والعودة إليه لظهور دلائل جديدة. فضلاً عن طرق الطعن في الأحكام وأحكام تنفيذها.

وهذه القواعد جميعها -وبالرغم من طبيعتها الإجرائية- تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية. وغايتها الفصل في الاتهام الجنائي بصورة منصفة في نطاق حد أدنى من الحقوق التي تكفلها للمتهم، والتي يوازن بها تلك التي تملكها سلطة الاتهام.

ومن ثم كان منطقياً أن نعرض للمحاكمة المنصفة من جهة خواصها، وضرورتها، ونطاق الحقوق التي تكفلها، والتي يندرج تحتها افتراض براءة المتهم، ونطاق هذا الافتراض وأثره على سير الدعوى الجنائية، وضوابط التحقيق والفصل في الاتهام. وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

### المطلب الأول

#### ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها

١٦١- لا تتعلق ضوابط المحاكمة المنصفة بالدعوى الجنائية وحدها، ولكنها تنبسط إلى كل دعوى، ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانة الدفاع التي تعتبر أصلاً في الدعاوى جميعها، ويقض الضرر عن موضوعها.

على أن الدستور -وبالتنصير إلى وصاء ثيودوسي غرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية- حرص على أن يولى الاتهام الجنائي عناية خاصة، فأحاط هذا الاتهام بعدد من الضوابط التي نص عليها في المادة ٦٧، كي يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد في الحرية من جهة، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى.

(١) من ذلك تعلق الحق في رفعها على شكوى أو إبس أو طعن

ومن المتصور في مجال القانون الجنائي الإجرائي، ألا تتحد القواعد التي يقوم عليها هذا القانون، بالنظر إلى تباير الوقائع التي تحكمها؛ والمراكز التي تواجهها؛ والأشخاص المخاطبين بها<sup>(١)</sup>؛ إلا أن هذه القواعد -سواء في مضمونها أو عموم تطبيقاتها- لا يجوز أن تفل بالحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم مع غيابها إلى الفصل في الدعوى الجنائية بطريقة منصفة. وتتقدم هذه الحقوق، ضرورة أن يخطر المتهم في أقصر أجل -وتفصيلاً- بالواقعة التي يدور الاتهام حولها، وبالأدلة التي توثقها، وأن يفهم المتهم حقيقتها باللغة التي يدركها، وإلا تولى مترجم بيان ماهيتها، وتوضح ما خفى من جوانبها.

ويتعين أن تنهى للمتهم كذلك -وعلى ما تنص عليه الفقرة ٣ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان- كافة الوسائل الضرورية التي يتطلبها إعداد دفاعه، وأن يختار محامياً إذا كان قادراً على دفع اتعابه، وإلا حصل من الدولة بغير مقابل على محام يتولى هذا الدفاع لمصلحة العدالة. وله كذلك أن يستوجب الشهود الذين تقدمهم النيابة وأن يواجههم، وأن يقابل شهادتهم بشهوده، ووفق الشروط ذاتها.

وعملًا بالفقرة الأولى من المادة ٦ من هذه الاتفاقية، يكون لكل منهم حق في الاستماع إليه وفق إجراءات منصفة، وعادلة؛ وخلال مدة معقولة؛ وأن تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في الأساس الذي تقوم التهمة عليه، محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون.

وينطق بالحكم علانية، وإن جاز منع الصحافة أو الجمهور، من دخول قاعة الجلسة سواء بالنسبة إلى كامل إجراءاتها أو بالنظر إلى بعض جوانبها، كلما كان ذلك مطلوباً لمصلحة أمن الوطن، أو النظام العام، أو لحماية الأخلاق في مجتمع ديمقراطي؛ وكذلك إذا كان هذا الحظر تقتضيه حماية مصلحة القصر، أو صون خواص الحياة؛ أو كان من شأن علانية جلساتها -وبالنظر إلى بعض الأوضاع الخاصة- الأضرار بالعدالة في ذاتها.

تلك هي الخطوط العريضة لحقوق المتهم في مواجهة سلطة الاتهام ويندرج تحتها بوجه خاص:

أولاً: أن يفصل في الاتهام خلال مدة معقولة *Un délai raisonnable* ذلك أن العدالة المتأخرة تناقض العدالة الناجزة؛ والعدالة الجامحة غير العدالة المتبصرة. وترأخها ممساو لإتكارها *Justice*

(١) فالأحداث مثلاً لهم قواعد إجرائية تخصهم.

L'exigence de *delayed, justice denied* بما يخل بمصداقيتها وفعاليتها. والإسراع فى تحقيقها فى *celerite* غير التردد فى إنفاذها.

وتتحدد المدة المعقولة التى يفصل خلالها فى الاتهام الجنائى على ضوء معيار مرن يعتمد بأوضاع كل جريمة وظروفها، خاصة ما تعلق منها بدرجة تعقدها وتشابكها فى وقائعها وملامحها القانونية؛ وتنوع أدلتها؛ وخفاء مسرحها؛ وندرة الشهود عليها أو غيابهم؛ وكذلك سلوك كل من المتهم والنيابة ومناوراتهم<sup>(١)</sup>، وبمراعاة أن تأخير الفصل فى الاتهام الجنائى، يلحق بالمتهم إضرار جسيمة لا تقوم حاجة إلى إثباتها، لأنها تقتضى. ذلك أن بقاء الجريمة بغير فصل فى ثبوتها أو انتفاءها، يجعل المتهم قلقاً مضطرباً، فلا يضمن إلى مصيره. وإنما يظل ملحقاً باتهام لا تبدو لدائرة شروره من نهاية، فضلاً عن احتمال اختفاء شهوده أو وهن ذاكرتهم.

والعدالة فوق هذا لا تعتبر محض قيمة نظرية، وإنما يتعين أن يلمسها المتهم وأن يعايشها ويشهدها ببصره *Justice must not only be done, it must be seen to be done*.

وعلى الدولة بالتالى أن تعمل على تطوير نظمها القضائية حتى تكفل لمن يمتنون أمام محاكمها فصلاً منصفاً وعلنياً فى الاتهام الموجه إليهم، وكذلك فى حقوقهم والتزاماتهم المدنية، بما يكفل تكامل إجراءاتها منظوراً إليها فى مجموعها.

١٦٢- وينبغى أن يلاحظ كذلك:

أولاً: أن الاندفاع فى الفصل فى الاتهام الجنائى، لا يقل سوءاً عن الفصل فيه بصورة متراخية.

ذلك أن الضرر واحد فى الحالتين، لأنها ينتهيان إما إلى عدالة مختصرة، وإما إلى عدالة

(١) من قبل مملك المتهم أن يبذل المحامين الذين يدافعون عنه، فى نطاق مناوراته التى يستهدف بها عدم الفصل فى الدعى الجنائية. ويكون مملك النيابة كذلك معيماً، إذا لم توضح التهمة بصورة كافية، أو إذا تعددت إجماع بعض أدلتها لتطول معاملة المتهم. ولا يكفى مجرد السلوك السئ، بل يتعين حتى يكون المتهم أو النيابة مسئولة عن طول المحاكمة، أن يكون السلوك تعسفياً.

Jean Claude Soyer et Michel de Slavia, commentaire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Sous la direction de Louis - Edmond Petititi et Emanuel Decaux, Commentaire article par article. Economica p.p. 267- 268.



متوانيا أو متعجلاً. بما يناقض الحرية المنظمة، ويعارض مفاهيم العدل التى ارتضتها الأمم المتحدة سلوكاً لها، حتى فى أحش الجرائم وأصولها وقعا، وأثدها خطراً.

ثانياً: يتعين فى مجال تقييم خروج المحكمة على ضوابط الاعتدال، أو إنصافها المتهم، النظر إلى إجراءاتها وضماناتها فى مجموعها (١). L'ensemble du procès en cause بوصفها واقعة فى إطار الحقوق التى يملكها المتهم، ويوازن بها حقوق سلطة الاتهام قبله، كافتراض البراءة، وحقوق الدفاع ونكافؤ الأسلحة، والحق فى المواجهة.

وحقوق المتهم هذه هى التى عدتها وإن لم تحصها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولا يجوز بالتالى فصلها عن جذور المفاهيم التى تضمها إلى بعضها، والتى تعتبر المحاكمة المنصفة إطاراً لها (٢) L'exigence d'équité.

ثالثاً: أن علنية المحاكمة وإن كان يحوز حظها فى الأحوال الاستثنائية التى حددتها الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية المشار إليها؛ إلا أن هذه العلنية L'exigence de publicité لا تتم المحاكمة وراء جدران مغلقة؛ وأن يكون إطلال الجمهور على وقائعها وإجراءاتها كافلاً تقهم فى القضاة، ومراقبتهم فى تصرفاتهم.

وهى كذلك ضمان لإدارة العدالة بطريقة فعالة تؤمن إنصافها، بما يصون للنظم الديمقراطية واحداً من أهم خصائص ملامحها.

رابعاً: أن ضمان استقلال المحكمة التى تفصل فى الاتهام، يقتضى ردع السلطة التنفيذية عن كل أشكال التدخل فى شئونها. ولا كذلك حينتها التى تفترض من جانبها موقفاً لا تفضل فيه خصماً على آخر. فلا تتحاز لأحدهما إضراراً بغيره، وإلا كان حكمها قرين التحكم. ويتعين فى كل حال ألا تكون حينتها واستقلالها مظهرأ بلا مضمون (٣).

(١) أنظر فى ذلك قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

Affaire Goddi c. Italie, arrêt du 9 avril 1984, A no 76 & 28.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء هذه المحكمة فى:

Affaire Borgers c. Belgique, arrêt du 30 Oct. 1991, A no 214 h, & 25; Affaire Francesco Lombardo C. Italie. arrêt du 26 Nov. 1992, A no 249 - B. & 23

(3) Affaire De Cubber c. Belgique, arrêt 28 Oct. 1984, A no 86, 29.

خامساً: يجب أن تكون وظيفة المحكمة من طبيعة قضائية، وأن تفصل بنفسها فى العناصر الواقعية والقانونية للزراع حتى ينحسم. ويفترض ذلك أن يكون طرق أبوابها حق لكل شخص، وأن تكون بيدها سلطة التقدير والتقرير فصلا فى هذا النزاع.

ولأن الحرية الشخصية لا يجوز تقييدها دون مقتض، فإن صونها يقتضى أن تتولى سلطة الاتهام بنفسها، إثبات وقوع الجريمة بأركانها التى عينها المشرع، وذلك من خلال عرض أدلتها على الهيئة القضائية للإقناع بها، بما يزيل كل شبهة لها أساسها حول صحتها.

ذلك أن النيابة تعد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق صورة جديدة تتناقض افتراض البراءة التى لا ينحيا إلا حكم قضائى تطلق بجريمة بذاتها، وصار باتا فى شأن نسبتها إلى فاعلها؛ وفاصلا فى كل ركن من أركانها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلبا فيها؛ وبما يحول دون افتراض المسؤولية الجنائية، ولو فى أحد عناصرها. وقد تنسم الجريمة التى تنسبها إلى المتهم بتدخل صور متعددة من النشاط فيها. فلا يتم الفصل فيها إنصافا إذا كان الدفاع غائبا عنها، أو كان الدفاع بشأنها حتى مع وجوده، لا يقدم معونة فعالة للمتهم. وهو يكون كذلك إذا لم يحسط بالدعوى الجنائية من كافة جوانبها، أو قصر عن مواجهة حكم القانون فيما هو هام من نقاطها؛ وما يكون من الحلول والبدائل أكثر احتمالا فى مجال كسبها، فضلا عن مساندتها بما يكون لازما من الأوراق التى توثقها.

كذلك فإن لكل منهم وسائل إجرائية يقتضيها وفقاً للدستور من ملطة الإتهام، ومن محكمة الموضوع ذاتها، وإلا وقع الحكم الصادر عنها باطلاً.

ويندرج تحتها أن ينفى التهمة الموجهة إليه بكافة الوسائل القانونية، وأن يواجه الشهود الذين قمتهم سلطة الاتهام ويجرحهم؛ وإلا يحمل على شهادة يدان بسببها؛ وألا يتورط فى دفاع خاطئ إذا فاجأته سلطة الاتهام بأدلة كانت قد أخفتها؛ وأن يتكافأ -بوجه عام- مركزه معها فلا يحوز حقوقاً -على الأقل من الناحية القانونية- غير تلك التى تملكها. بل يتكافأ فى أسلحتهما، وإن لم يكن هذا التكافؤ واقعياً.

ذلك أن الموارد الهائلة التي تحوزها سلطة الاتهام، والتي تكبر من خلالها أدلتها وشهودها، والحماية القانونية التي توفرها لهم من مخاطر العدول عليهم بعد الشهادة التي يقدمونها، يستحيل عملاً أن يتوافر للمتهم ما يقابلها، إلا إذا كان فاحش الثراء<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### أصل البراءة

#### الفرع الأول

#### افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي

١٦٣- افتراض براءة الشخص من التهمة الموجهة إليه، لا يدعو أن يكون استصحاباً للفترة نتي جيل الإنسان عليها، وشرطاً لازماً للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. وهو كذلك وثيق صلة بالحق في الحياة، وبدعائم العدل التي تقوم على قواعد النظم المدنية والسياسية جميعها.

وهذه البراءة -وباعتبارها جزءاً من خصائص النظام الاتهامي Accusatorial system- لا يجوز تعليقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام ولو كان جدياً؛ ولا تنحصرها سواء بإعفاء النيابة من التزامها بالتكليف على صحة اتهامها، أو عن طريق تدخلها للتأثير دون حق في مسار الدعوى الجنائية. ومن ثم كفلتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم؛ مرددة بها نص المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الثانية من المادة ١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(١) راجع في ضوابط المحاكمة المنصفة وعدم حواش افتراض المسؤولية الجنائية، أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجلستها المعقودة في ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٨ من ٧٤١ من الجزء الثامن وما بعدها؛ وفي القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١٩٩٦/١١/٦- قاعدة رقم ٩ -ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١ فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩ -ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧ -ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٦/١٢/٢١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ -ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع؛ وفي القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

١٦٤- وصار من البدهى أن كل إخلال بأصل البراءة يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error ونكولا عن المفاهيم المبدئية An Axiomatic precept مستوجبا نقض كل قرار لا يتوافق معها (١).

ولأن أصل البراءة لا يترجح إلى أن يُنقص من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها بكل مكوناتها- كان نقياً متكافئاً؛ فإن هذا الأصل يظل قائماً في مرحلة ما قبل المحاكمة، وأثناء نظرها، وفيما بعد الحكم الصادر فيها إذا كان الطعن فيه جائزاً. وهو بذلك حالة واقعية لا يسقطها إلا حكم قضائي صار مستعصياً على الجدل.

وكلما أهدر المشرع -من خلال قرينة قانونية أحدثها- افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه، كان ذلك إخلالاً بوسائل دفعها، وإهداراً لتوازن بين الحقوق التي يملكها لدحضها، وتلك التي تحوزها سلطة الاتهام لإثباتها؛ وإخلالاً لإرادة السلطة التشريعية محل إرادة السلطة القضائية، لتدحيها نحن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية، وتقدير أدلتها في شأن جريمة يدعى ارتكبتها، ولا يتصور إسنادها لفاعليها إلا بعد توافر ركنيها بالشروط التي تنصّ عليها المشرع (٢).

ذلك إن القرائن القانونية جميعها تعتبر من عمل المشرع، وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتسب بدونها أركان الجريمة المدعى ارتكابها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهم إلا نفيها (٣).

\* ويبدو افتراض البراءة -وهو ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها- أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع، خاصة وأن الوسائل التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعّمها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا افتراض براءته، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرئاً من كل شبهة لها أساسها Dans la doute, on acquitte.

(١) 'دستورية عليا' القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق 'دستورية' -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٥٤/٧٢ ص-١٠٤٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص-١٠٤٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٨٧/٧٢- ص-١٠٥٥-١٠٥٦ من الجزء الثامن. أنظر كذلك القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق 'دستورية' جلسة ١٩٩٨/١/٣ -قاعدة رقم ٣/٧٢ ص-١٠٥٤ من الجزء الثامن.

### الفرع الثاني

#### تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة

١٦٥- ولا يجوز أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتها، ولا حائلة دون التكيل بكل الطريق على الإخلال بها.

بل يكون لكل منهم -ونزولاً على هذا الأصل- أن يعتصم بصمته ابتداء إلى أن تقدم النيابة العامة الدليل على اتهامها؛ وأن يفيد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً Doute raisonnable يتصل بالتهمة من جهة ثبوتها (١).

ولأن أصل البراءة قاعدة أولية توجبها الفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ليوفر بها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتعامل؛ فقد صار مفهوماً أن يلزم هذا الأصل كل شخص -ليس فقط عند مولده- بل كذلك في كل أوضاع حياته -رافعاً وكيلاً حتى نهايتها- ليهيمن هذا الأصل على أعمال الاستدلال والتحقيق جميعها، وعلى الخصومة الجنائية ذاتها في كافة مراحلها، وإلى يصدر في موضوعها حكم قضائي يكون باتاً. وصار مقررأ، بالتالي أن الاتهام بالجريمة ليس قرين ثبوتها، ولا يقوم مقام التكيل عليها ولو كان الاتهام متساند الدعائم (٢).

### الفرع الثالث

#### أحوال لا يجوز أن ينتقي فيها أصل البراءة

١٦٦- ومما ينفي أصل البراءة دون حق:

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" القاعدة رقم ٣/٧٢ - جلسة ٣ أيلول ١٩٨٨ - ص ١٠٤٥ - ١٠٤٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٤٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٢ - قاعدة رقم ١٤/١٥ - ص ٢٧١ - ٢٧٢ من الجزء السابع؛ القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق "دستورية" - جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣/٨ - ص ١٢٧ - ١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

أولاً: أن يقيد المشرع الحرية الشخصية بتدابير لها خصائص العقوبة، دون أن تقابلها أفعال أُلهمها بعد تعيينها بصورة دقيقة (١).

ثانياً: أن يقيد المشرع إدارة أشخاص لأموال يملكونها أو يمنعهم من التعامل فيها متسانداً فسي ذلك إلى قيام دلائل كافية من التحقيق، على تورطهم في إحدى الجرائم التي عينها (٢). ذلك إن هذه الدلائل ليس لها قوة اليقين القضائي. وليس كافياً لنقض أصل براءتهم، أن يكون اتهامهم بإحدى الجرائم التي عينها المشرع، أو الحكم عليهم مظنوناً رجحانه وحتى بعد اتهامهم، فإن أصل البراءة يجمعهم مع كل شخص آخر، متهماً أو غير متهم، فلا يكون التمييز بينهم -وأصل البراءة يحيط بهم- إلا منافياً حكم العقل Unreasonable، ظاهر التحكم Palpably arbitrary، ومخالفاً كذلك لحكم المادة ٤٠ من الدستور (٣).

ثالثاً: تقرير تدابير استثنائية في شأن الأشخاص الذين اتهموا جدياً أكثر من مرة فسي جنابة حدها المشرع أو اللذين حكم عليهم من قبل أكثر من مرة بارتكابها.

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٧ - ص ١٦٩ من الجزء السادس.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أو من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجوز للنايب العام إذا قلمت من التحقيق دلائل كافية على جنية الاتهام في الحرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضمناً بتنفيذ ما عسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدراجها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية.

وتنص فقرتها الثانية على أنه يجوز للنايب العام أن يأمر بتلك الإجراءات بالنسبة لأسواق زوج النسمهم وأولاده القصر ضمناً لما عسى أن يقضى به من رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المحي عليها، ما لم يثبت أن هذه الأموال إنما آلت إليهم من غير مال منهم.

وتنص فقرتها الثالثة على أنه يجب على النائب العام عند الأمر بالمنع من الإدارة، أن يعين لإدارة الأموال وكلاء. وقد قضى بدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أ من قانون الإجراءات الجنائية، وبسقوط فقرتها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً ب من هذا القانون، وذلك في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٦٦، قاعدة رقم ٨ ص ١٣٦ و ١٣٧ من الجزء الخامس.

(٣) نسوريه علياً - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" حصة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٨/٥ - ص ١٢٨ من الجزء الخامس من أحكام المحكمة.

ذلك أن التدابير -التي يندرج تحتها إعادتهم إلى موطنهم الأصلي أو منعهم من التردد على أماكن بذواتها أو تحديد إقامتهم في جهة بعينها أو حرمانهم من مباشرة مهنة أو حرفة، أو إيداعهم في مؤسسة للعمل يحددها وزير الداخلية، بعبئها إن مصائر الناس لا يجوز أن ترتبط بغير أفعالهم التي يسألون عن حسناتها وقبحها(١).

ولا يزيد الاتهام -ولو كان جدياً ومتألياً- عن مجرد شبهة. ولا يدل كذلك على خطورة إجرامية. ولا يجوز كذلك أن يفترضها؛ ولا أن يحيل الأشخاص غير المدانين بالجريمة، إلى مننبيين.

فضلاً عن أن الأفعال وحدها هي مناط التأثيم. وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتكون عقوبتها بناء على ثبوتها أو انقائها. ولا كذلك الخطورة الإجرامية التي لا تبلور سلوكاً محدداً أثناء جان، ولا تخالفها إرادة واعية يُعبر بها عن قصد بلوغ نتيجة إجرامية بذاتها(٢).

ومؤدى التدابير الاستثنائية التي يفرضها المشرع في شأن الأشخاص الذين حكم عليهم أكثر من مرة في جنائية نص عليها، أن جرائمهم السابقة التي استوفوا القصاص عنها، ترشح لارتكابهم مستقبلًا جريمة جديدة غير معينة.

وهي بعد جريمة محتملة قلبها المشرع إلى مفترضة قصد توقيفها بالتدابير التي نص عليها، فلا يكون إتيان هذه الجريمة غير مجرد أثر لحالة إجرامية افترضها المشرع فيهم، ونسبها إليهم، وأقسام بها علاقة حتمية بين جرائم سابقة تورطوا فيها، وبين ترددهم في حملاتها من جديد، ليتصل ماضيهم بحاضرهم، وحاضرهم بمستقبلهم، وكأن الذين حكم عليهم من قبل فسي جنائية حددها المشرع، منصرفون دوماً إلى الجريمة ييغونها عوجاً، فلا يرتدون عنها. وهو افتراض لا يجوز وفقاً

(١) تنص الفقرة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٦، على أن <<حكم المحكمة الجزئية المختصة باتخاذ أحد التدابير الآتية على من سبق الحكم عليه أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة في إحدى الجنايات المنصوص عليها في هذا القانون: (١) الإيداع في إحدى مؤسسات العمل التي تحدد بقرار من وزير الداخلية (٢) تحديد الإقامة في جهة معينة (٣) منع الإقامة في جهة معينة (٤) الإعادة إلى الوطن الأصلي (٥) حظر التردد على أماكن أو محال معينة (٦) الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا يجوز أن تقل مدة للتبدير المحكوم به عن سنة، ولا تزيد على عشر سنوات. وفي حالة مخالفة المحكوم عليه للتبدير المحكوم به، يحكم على المخالف بالحبس.

(٢) "تسوية عليا" للقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "تسوية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦- قاعدة رقم ٤٨/١٦، ١٧،

للدستور (١) خاصة بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها، ودونما جريمة جديدة يدعى ارتكابها (٢).

#### الفرع الرابع الطبيعة القانونية لأصل البراءة

١٦٧- ليس افتراض البراءة بقرينة قانونية، ولا هو من صورها. ذلك أن القرينة القانونية هي التي يقيمها المشرع مقدما ويعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملاً.

وهي في حقيقتها إثبات غير مباشر يتحول به الدليل من الواقعة مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى قريبة منها، وبديلة عنها، بالنظر إلى ما بين هاتين الواقعتين من رابطة منطقية، تجعل ثانيتهما مفضية إلى أولاهما.

وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر ثبوتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون.

ولا كذلك البراءة التي افترضها الدستور. فليس ثمة واقعة أبدلها الدستور بغيرها. وإنما يقوم افتراض البراءة على أصل يلزم الإنسان منذ خلقه، مؤداه تظهره من كل خطيئة - وهو أصل يصلح به حتى مماته، فلا ينفك ما برح حيا (٣).

Innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption, It does not rest on any other proved facts, it is assumed.

والأصل أن ترتبط القرائن القانونية بالمسائل المدنية، فإن تعدتها إلى غيرها، صار أمر دستوريته محددًا على ضوء مساسها بالحرية الشخصية، وإخلالها بمقوماتها. ولا يجوز بالتالي أن يمتد اختصاص المصلحة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى حد إحداثها لقرائن قانونية تتفصل عن واقعها. ولا تربطها بالتالي علاقة منطقية بالنتائج التي ترتبها عليها، لتحول بها

(١) الحكم السابق ص ٧٤٩ - ٧٥٠ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق ص ٧٤٦ - ٧٤٨ من الجزء السابع.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥/١٥ ص

٢٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.



دون مباشرة السلطة القضائية لولايتها في مجال تحقيق الدعوى الجنائية التي اختصها الدستور بالفصل فيها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي

١٦٨- لا يجوز الفصل في اتهام جنائي بما يخل بالحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لكل متهم، والتي يندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة جوهرية ترد عن المتهم كل اتهام لا يقوم على ساق من خلال شبهة لا يتوافر بها الحق فيه. فلا ينال الاتهام -ولو كان جدياً- من أصل البراءة. ولا ينفهم كذلك بناء على جريمة لم يعم الدليل عليها، أيما كان قدر خطورتها؛ أو سوء تقبل الناس لها؛ أو مناقاتها لقيم درجوا على التزامها. وإنما يظل الاتهام قلقاً إلى أن يفصل فيه بحكم قضائي يصير باتاً<sup>(٢)</sup>.

ولأن أصل البراءة مؤده ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، وألا يفترض المشرع أحد أركانها؛ وكان افتراض البراءة وصون الحرية الشخصية أصلاً كفلهما الدستور بنص المادتين ٤١ و ٦٧، فقد صار لازماً ألا تنتحل السلطة التشريعية الاختصاص المقرر للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك توافر القصد الجنائي في كل جريمة عمدية تقتضي علماً من الجاني بعناصرها، وتقديره لمخاطرها على ضيوع الشروط التي أحاطها المشرع بها، لتكون نتيجتها هي التي قصد إلى إحداثها<sup>(٣)</sup>.

وصار بدنياً ألا يواجه المتهم بواقعة أثبتتها في حقه قرينة قانونية تحكيمية؛ ولا أن ينفي تهمة لم تثبتت سلطة الاتهام. فإذا أثبتتها تبين أن يوفر له القاضي ضمانات الدفاع التي تعتبر مفترضاً أولياً لصون حقوق الأفراد وحيرياتهم في إطار من سيادة القانون<sup>(٤)</sup>. وذلك سواء كان من يباشره أصيلاً أو

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٩- ص ٧٦٧ و ٧٦٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ٩- ص ١٤٤ - ١٤٦ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٢٩- ص ٢٩٤ من الجزء الثامن.

(٤) ص ٣٠٥ من الحكم السابق.

وكيلاً، وسواء كان المتهمون موسرين أو معوزين على ما تقتضى به المادتان ٦٨ و ٦٩ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حق اللجوء إلى قاضيهـم الطبيعى، والحصول على وسائل الدفاع الملائمة التى ينتصفون بها لحقوقهم والتزاماتهم المدنية، أو التى يدفعون بها اتهامات تتهدد به حريتهم الشخصية، فلا يكون الحق فى الدفاع مندوباً، بل مطلوباً على وجه الجزم، وبشرط أن يكون الدفاع فعالاً.

وهو لا يكون كذلك -فى نطاق الدعوى الجنائية- إلا إذا أحاط بها من كل جوانبها، ولم ينحدر بمتطلباتها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية التى يملئها التبصر، وتقرضها العناية الواجبة، حتى تظل ضمانات الدفاع واقعة فى إطار الأسس الجوهرية للحرية المنظمة، التى يتعين التسليم بها تغليباً لجوهر الحقوق التى تنفرع عنها، على أهدابها الشكلية، وصولاً إلى تحقيق أهدافها، فلا ينازع أحد فى ثبوتها أو يعمد إلى حجبتها.

وتبدو ضمانات الدفاع هذه أكثر أهمية كرادع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى غياب الرقابة على أعمالهم أو غفوتها.

بل إنه مما يعزز هذه الضمانة ويمنحها قيمتها العملية، ألا يكون تطبيقها مقصوراً على مرحلة الفصل فى الاتهام الجنائى، بل يتعداه إلى المراحل السابقة على توجيهه إلى المتهم، بما يكفل حق المتهمين فى ألا تسترقهم السلطة بضيوطها، وألا تغويهم بما يقرهم منها أو ترهبهم بياسها بما يدينهم، وعلى الأخص بعد انتزاعهم من محيطهم وإثارة الفزع فى أعماقهم وتسلطها على إرادتهم، فلا يملكون غير الخضوع لها. ولا تكون محاكمتهم بعد ذلك غير خواء لا يرد عنهم ضرراً<sup>(١)</sup>.

وإذ كان نص المادة ٤١ من الدستور، قد خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بخبره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، فذلك لضمان حق فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها من محام وقع عليه اختياره، وهى مشورة توفر لكل شخص -سواء كان متهماً أو مشتبهاً فيه- المعاونة الفعالة التى يزيل بها الشبهة العالقة به، ومواجهة أشكال القيود التى

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٨ -ص ٣٢٦

و ٣٢٧ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم

١٨ -ص ١٨١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة

رقم ٣٧ -ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فرضتها السلطة على حريته الشخصية، والتي لا يجوز معها الفصل بين الشخص ومحاميه بما يسمى إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله<sup>(١)</sup>.

وقد وازن الدستور -نص المادة ٦٧- بين حق الفرد في الحرية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية، وقدّر أن المتهم بجناية كثيراً ما يكون مضطرباً، فإذا أُدين بارتكابها بعد أن أسلمه عرض دفاعه، أو أعوزته الحجّة القانونية التي تؤيده، كان ذلك منهياً -أحياناً- لآماله للمشروعة في الحياة، وحائلاً دون انخراطه في الجماعة التي يعايشها بعد أن حرم من الاتصال بمحاميه في حرية، وبغير حضور أحد.

ومن ثم كفل الدستور لكل متهم في جناية، الحق في أن يعان على توفيق شروطها عن طريق محام يوجه دفاعه الوجهة التي تكفل حقوقه القانونية، والتي يستطيع من خلالها أن يمارع النيابة العامة حججها، وأن يدحضها بما ينفيها<sup>(٢)</sup>.

وغدا أصلاً مقررًا أنه إذا كان حق الدفاع في إطار النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، يعني حق المتهم في سماع أقواله، فإن ضمانات الدفاع تغدو سراًباً بغير اشتمالها على الحق في الاستماع إليه عن طريق محاميه.

ذلك أن ما قد يبدو واضحاً لرجال القانون، كثيراً ما يكون منبهماً على أحاد الناس أيضاً كان حظهم من الثقافة، خاصة إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام التي تتدخل عناصرها أو تخفى جوانبها القانونية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالأدلة التي يجوز قبولها قانوناً وقدّر الترابط واللتصام بين الوقائع التي يستتبعها المتهم، وحقيقة النقاط القانونية التي يقوض بها الاتهام، فلا يدان بناء على سوء حججه ولا على ضوء أدلة قدمتها النيابة وكان يتعين قمعها. Supression of evidence بالنظر إلى بطلانها، ولا وفق أدلة متهاقفة حتى مع جواز تقديمها قانوناً.

وليس أدل على أهمية ضمانات الدفاع من أن إنكارها أو تقييدها بما يخرجها على الأغراض المقصودة منها، يسقط في الأعم الضمانة التي كفلها الدستور لكل شخص في مجال الانتجاء إلى

(١) دستوريتها علياً -القضية رقم ٦ لسنة ١٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية- جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧- ص ٣٤٧

من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) الحكم السابق ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

قاضيه الطبيعي، ويعرض حقه في الحياة لمخاطر عميقة، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقفها سوية على قدميها (١).

ولا يجوز بالتالي الفصل في الاتهام الجنائي بعيداً عن قيم الحق والعدل الفائرة جنورها في تلك القواعد المبدئية التي ارتضتها الأمم المتحضرة سلوكاً حتى في أسوأ الجرائم وقعا على الضمير العام، وأعمقها انحرافاً *The most heinous crimes*.

وهو ما يعنى أن الحرية الشخصية لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة؛ وأن الموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام مع حقوق متهميها، لا يجوز الإخلال بها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان حق المتهم في أن يكون مدركاً للتهمة الموجهة إليه، واعياً بأبعادهما متفهماً عناصرها، بصيراً بأدلتها، وأن يدفعها بكل الوسائل القانونية التي يملكها، وأن يعان على مواجهتها ويحضرها بحام لا ينزلق بتقصيره إلى أخطاء كان عليه أن يتجنبها، ولا يختار من بدائل الدفاع غير أسوأها لمركز المتهم. بل يولى دعواه نظراً متوثباً، وهمة كافية لا يكون معها مترخياً، بل مثابراً على متابعة كل ما يطرح في الدعوى الجنائية مما يؤثر بصورة إيجابية في مركز المتهم بالنسبة إلى الاتهام، خاصة كلما كان الحكم بإدانته أكثر احتمالاً؛ أو كانت النتائج المحتملة للحكم، خطيرة في آثارها القانونية والعملية، بما يحتم أن يكون محاميه أنفذ بصرأً وأعرض جهداً، حتى لا يدان المتهم لغير جريمة، أو على ضوء قرائن تقتصر إلى رباط منطقي يجمعها، فلا تتضام مع بعضها، بل تفرق عناصرها (٢).

(١) الحكم السابق ص ٣٤٩ - ٣٥٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٥ - ٧٣٦ من الجزء الثامن. هذا وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن احترام حقوق الدفاع *Le respect des droits de la defence* من المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية 19 [C.C. 80 - 127. D.C., 20 Janvier 1981. R.p.15] كذلك قرر هذا المجلس أن حقوق الدفاع تكيد ضمناً - على الأخص في المجال

الجنائي - وجود إجراءات منضبطة ومنصصة تكفل التوازن بين حقوق الأطراف.

Il implique, notamment en matiere pénale, l'existence d'une procedure juste et equitable garantissant l'équilibre des droits des parties [ C.C. 89 - 260 D.C., 28 Juillet 1989. R 71.]

ويلاحظ أن هذه الصياغة لمضمون حقوق الدفاع مستمدة من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، ومن قضاء محكمة ستراسبورج التي تقوم على تطبيق هذه الاتفاقية. وهو ما يعنى أن المجلس الدستوري الفرنسي

دخل في المعايير الفرنسية، المفاهيم الانجلو سكسونية الحاصه بشرط الوسائل القانونية السلمية *The Due process of law*.

ومحكمة الموضوع وحدها هي التي تجبل بصرها في الاتهام المطروح عليها، وتستخلص من كل واقعة تتصل به دلالتها، على أن يكون فهمها لها مستقيماً، ونظرها فيها دالاً على إحاطتها بالتهمة عن بصر وبصيرة؛ وإدراكها لأبعادها مرتقياً إلى قوة اليقين القضائي التي تبلغ مستوياتها في الإقناع حداً تزول به كل شبهة لها أساسها في شأن اتصال يد المتهم بالجريمة التي قام الاتهام عليها. وليس لجهة أيا كان وزنها أن تفرض عليها فهمها لدليل بعينه؛ ولا أن تعفيها من النظر في أية واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها؛ ولا أن تفترض ثبوتها بقرينة قانونية تصوغها بطريقة تحكيمية، لتحكم الجريمة المدعى بارتكابها.

#### ١٦٩- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن لكل جريمة ينشئها المشرع أركانها التي يتعين أن تثبتها سلطة الاتهام في كل أجزائها (١)، ودون إخلال بحق المتهم في الاتصال بمحاميه (٢).

ثانياً: إن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر وفي الحدود التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها ويثبتها (٣).

ثالثاً: أن النظم الجنائية الإجرائية، وإن كان هدفها تنفيذ سياسة جنائية بذاتها، إلا أن وسائل تحقيقها لا يجوز أن يخالفها التحكم، ولا أن تتطرق إليها عوامل التمييز بين الخاضعين لهذه النظم، بما يناقض قاعدة تساويهم أمام القضاء Le principe d'égalité devant la justice، وموداها أن نكون للحرثوق عينها قواعد موحدة في مجال طلبها والدفاع عنها واقتضائها (٤)؛ وأن يكون لكل من المتسهم

(١) ص ٧٥٣ - ٧٥٦ من الحكم السابق.

(٢) أنظر في ذلك قضاء المجلس الدستوري الفرنسي

[C.C. 86 - 214 D.C.. 3 Sep. 1986, R.p.128].

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قصلانية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٥٥ من الجزء الثامن.

(٤) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قصلانية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٥ - ص ١٠٨٧ من الجزء الثامن.

وسلطة الاتهام، الأسلحة ذاتها التي ينكافأ بها مركزيهما في مجال نحض التهمة وإثباتها، وبما يحول دون افتراض ركن في الجريمة يعتبر لازماً لوقوعها في الصورة التي أفرغها المشرع فيها(١).

رابعاً: لا يجوز تفسير النصوص الجزائية باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتهما، ولا تأويلها بوصفها منبهة لضرورة أن يكون الدليل على الإخلال بها نقياً كاملاً. بل يكون لكل متهم -وارثكانا إلى أصل البراءة- أن يظل صامتاً ابتداءً كي يفيد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً يحيط بالتهمة من جهة ثبوتها(٢).

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٢- ص ١٠٤٤ - ١٠٤٥ من الجزء الثامن.

(٢) ص ١٠٤٦ من الحكم السابق، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يونيو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢- ص ٦٥ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ٩٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥- ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع، والقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع.

### المبحث الرابع

#### الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي

#### المطلب الأول

#### الضريبة أهم روافد القانون المالي

١٧٠- تعتبر الضريبة أحد عناصر القانون المالي، وأهميتها في تنمية موارد الدولة لا نزاع فيها، والمصلحة التي تحميها مالية في طبيعتها، ويحيطها المشرع بقواعد تفصيلية غايتها ضمان تحصيلها ومجابهة التحايل عليها، ومحاولة للتخلص منها، وذلك تأمينا لانتظام ودقة جبايتها والتقليل من تكلفة تحصيلها.

ويكفل الدستور إرساء بنيانها على قاعدة العدالة الاجتماعية، وإن تعين القول بأن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، لأنها تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها، متضمنا تحديد وعائنها، وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والملتزمين أصلا بأدائها والمسؤولين عنها، وقواعد ربطها، وتحصيلها، وتوريدها، وكيفية أدائها، وضوابط تقاضيها، والطمعون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل ببنيانها، فيما خلا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون<sup>(١)</sup>.

وهذه العناصر جميعها هي التي تشملها النظم الضريبية في مصر، لتحيط بها في إطار من قواعد القانون العام، وبمراعاة أن قانون الضريبة، وأن توخي أصلا حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على غلتها يعتبر هدفا مقصودا ابتداء من فرضها؛ إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً مقيداً لقانون الضريبة ليكون نافيا لتحفيها، كافلا اعتدالها من خلال حينتها. فلا يكون دين الضريبة مبلوراً شهوة الجباية بنهمها وانفلاتها؛ ولا عقاباً من خلال جزاء يباعد بينها وبين الأغراض المالية المقصودة أصلا منها؛ ولا غلواً مجلولاً الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا انحرافاً عن حقيقة أهدافها<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٨/٥ - ص ٨٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

والالتزام بالضريبة ليس التزاماً تعاقدياً ناشئاً عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين، بل مرد هذا الالتزام إلى نص القانون وحده، فهو مصدره المباشر. وتنظيمها مما يملكه ولي الأمر ويجد دليله الشرعى فى رعاية مصلحة الجماعة التى يمثلها.

ولا يعنى إقرار السلطة التشريعية لضريبة ما، أن الخاضعين لها قد أنابوها عنهم فى القبول بها، وأن علاقتهم فى مجالها هى علاقة تعاقدية أو شبه تعاقدية. ذلك أن إقرار السلطة التشريعية لتنظيم معين، إنما يتم فى إطار ممارستها لولايتها المستمدة مباشرة من الدستور، والتى لا يجوز لها النزول عنها. وتأتى الضريبة العامة فى موقع الصدارة من مهامها لاتصالها من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ذاتها؛ ولما ينطوى عليه فرضها من تحميل المكلفين بها أعباء مالية يتعين تقريرها بموازين دقيقة، ولضرورة تقتضيها. ولو كان حق الدولة فى استثناء الضريبة ناشئاً عن علاقة تعاقدية أو عن غيرها من الروابط المشبهة بها، لكان لها حق التخلّص عنها وإسقاطها باتفاق لاحق. وهو ما يناقض حقيقة أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون ولا يجوز تبديل أحكامها أو التعديل فيها بالاتفاق على خلافها، ولا أن يقرر الإعفاء منها إلا وفق أحكامه على ما تنص به المادة ١١٩ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكما ألقى المشرع إعفاء ضريبياً بأثر مباشر، ولمصلحة عامة لها وجهها، كان هذا الإلغاء موافقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثانى

#### طبيعة القوانين الضريبية

١٧١- ولا تعتبر القوانين الضريبية بطبيعتها قوانين جزائية تقرر عقوبة جنائية على المخالفين لها؛ ولا هى تعدل من الآثار التى رتبها العقود فيما بين أطرافها، ولكنها وسيلة تلجأ إليها الدولة لتحقيق من خلالها تناسبا بين التكلفة الكلية لنفقتها، وبين ما ينبغى أن يؤديه إليها هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، وحق عليهم بالتالى أن يتحملوا جانباً من أعبائها<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية \* دستورية \* - جلسة ١١/٧/١٩٩٢ - قاعدة رقم ٨ - ص ٨٢ و ٨٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٨٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية \* دستورية \* جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١/١٢ - ص ١٣٧ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.



كذلك فإن قيام الضريبة بدور يخرجها من مجال وظائفها بما يفقدها مقوماتها، موداً أن نصير عنماً.

### المطلب الثالث

#### قانون الضريبة

١٧٢- تفترض الضريبة أن يحدد المشرع عناصر بنيتها، بما في ذلك الأموال المحملة بعينها؛ ووسائل اقتضاءها من المكلفين بها؛ وحقيقة الأغراض التي توختها.

ذلك أن سلطة فرض الضريبة غير مطلقة، وترتبط القواعد التي تنظمها -في مجال الفصل في دستوريتها- بضمانها للعدالة الاجتماعية كإطار لها. كذلك فإن الأغراض المتوخاة من الضريبة، قد تسوغها أو تبطلها.

ولا نزاع في أهمية الضريبة لتنمية موارد الدولة، وضرورتها بالتالي لمجابهة نفقاتها. ومن ثم يحيطها المشرع بكثير من القواعد التي تتوخى ضمان تحصيلها، وتحول دون التحايل عليها.

والضريبة في صحيح تكليفها فريضة مالية تقتضيها الدولة من المكلفين بها وفق القواعد التي يقرها المشرع في شأنها؛ ودون أن يكون لهؤلاء خيار في الوفاء بها أو النكول عنها. وإنما يؤدونها إليها جبراً ويسهمون بها -حتملاً- في نصيبهم من الأعباء العامة، ولو لم يكن ثمة مقابل يعود عليهم مباشرة من جراء فرضها.

وتدخل القواعد التي تنظمها تدخل في نطاق القانون العام؛ ولا تتكافأ بشأنها مصالحي أطرافها؛ ولا يجوز الاتفاق على خلافها. وإن تعين دوماً ألا تكون الضريبة منفصلة في ضوابطها عن الحدود التي رسمها الدستور لها. فلا تكون عقاباً من خلال وظائفها، أو عن طريق تكمير وعائتها، أو بفرضها على رموس الأموال بما يؤول إلى تأكلها<sup>(١)</sup>.

ويظل التزاماً دستورياً أن تفرض الضريبة بقدر، وفي حدود لا تصادر فرص رأس المال في النمو، وبشرط ألا ترهق بأعبائها المكلفين بها، فتصددهم عن مباشرة نشاطهم المشروع، أو

(١) فالضريبة على رأس المال ينظر إليها بحذر كبير لأنها قد تؤدي من خلال استمرار فرصها وضخامة عينها، إلى تأكل رأس المال

تبهط هذا النشاط بقيود لا مبرر لها. ومن ثم تتحدد موازين الضريبة التي يقتضيها الدستور، على ضوء ضرورتها، وحيدة مضمونها؛ وعدالتها من منظور اجتماعي يقابل بين عبئها وقسوة الملتزمين أصلاً بها على تحملها. ويتعين دوماً أن توافق أهدافها القيم التي يحتضنها الدستور، والتي يندرج تحتها حظر التمييز غير المبرر في مجال تطبيقها بين المواطنين الذين تصيبهم أحكامها، وضمان حريتهم الاقتصادية في إطار قيود منطقية، ونصيبهم العادل في فرص العمل والادخار والنتائج القومية، وفي ضمان معدل معقول للتنمية، وفي عدالة توزيع الدخل والأعباء العامة أيا كان مصدر تكاليفها.

وليس للسلطة التشريعية أن تتخذ من الضريبة مدخلاً للتمييز بين القطاعين العام والخاص لتحقيق أهدافاً لا يأذن الدستور بها، كإعفاءها القطاع العام من ضريبة تفرضها على القطاع الخاص في مجال للنشاط يتحدد فيه، بما يخل بتنافسهما من خلال الميزة التفضيلية التي تمنحها للقطاع العام وتحجبها عن القطاع للخاص بغير مبرر.

كذلك فإن حصول الخزانة العامة على الإيراد الناجم عن الضريبة وإن كان يبلور أهدافها الأصلية المقصودة لابتداء منها، إلا أن الآثار العرضية للضريبة لا تقوم مقام الأغراض المقصودة منها أصلاً. ولكنها تعمل إلى جانبها؛ وشرط جوازها أن تقتضيها ضرورة تنظيم نشاط معين بقصد، إنهائه أو إرهاب مباشرته<sup>(١)</sup>.

فالضريبة التي يفرضها المشرع على أعمال الرهان، أو على الاتجار بالخمور، أو على الإيراد المتحقق من الدعارة المرخص بها، أو على صور من الإنفاق الباذخ، كالضريبة التي يفرضها المشرع على الأموال التي يصبها بعض المواطنين في حفلاتهم الخاصة التي يقيمونها في الفنادق تباهياً بثروتهم، وتفاخراً بنفوذهم، لا تتوخى غير سحق هذا النشاط، أو التقليل من فرص الانغماس فيه.

وتظل للضريبة خصائصها التي يفترضها الدستور، ولو خالطتها أثار جانبية تبلور الأغراض التنظيمية للضريبة. وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، المقاصد الأصلية المبتغاة منها،

(١) Sonzinsky v. United states, 300 U.S. 506 (1937)

فلو فرض المشرع ضريبة تبلغ ٩٥% من دخل القاسقات عن دعواتهن المرخص بها، لكان ذلك مبيهاً لنشاطهن، وكذلك نشاط المحال التي تأويهن، والقوانين الدين يوهون الحماية لهم.

والتي تتمثل في اقتضاء الدولة لإيرادها لتمويل مشروعاتها، وتسيير مرافقها، فلا يكون الحصول على غلتها عندئذ إلا غرضا جانبيا ليس مقصودا أصلا بها.

ولا يجوز بالتالي أن تكون الضريبة -سواء تعلق الأمر بمقاصدها الأصلية، أو بأغراضها الجانبية- واقعة في غير الدائرة المنطقية التي يجوز أن تعمل فيها. وهي دائرة يحدد الدستور تخومها سواء في مجال اختيار المال بالضريبة، أو تحديد معدلها، أو نطاق الأشخاص المخططين بها، أو طرق تحصيلها وغير ذلك من القواعد التي تتصل ببنيانها و شروط اقتضاها.

### الفرع الأول

#### التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية

١٧٣- وقد مازى الدستور -وعلى ما تنص عليه المادة ١١٩ منه- بين الضريبة العامة من جهة؛ وغيرها من صور الأعباء المالية من جهة أخرى. ذلك أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون.

والسلطة التشريعية وحدها هي التي تقيض بيدها على زمامها، وهي التي تتولى بنفسها تحديد وعائها، والملزمين أصلا بأدائها، والمسؤولين عن توريدها. وهي تحدد كذلك مبلغها، وتصوغ قواعد ربطها وتحصيلها، وضوابط تقادمها والطمعون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل بعناصرها، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون. ولئن كانت الضريبة العامة تنفق في خضوعها للدستور مع غيرها من الأعباء المنصوص عليها في المادة ٣/١١٩ من الدستور<sup>(١)</sup>؛ إلا أن دائرة تطبيق الضريبة العامة، هي إقليم الدولة في كافة الأجزاء التي يتكون منها والتي تشكل جميعها وحدة جغرافية في مجال تحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة العامة.

(١) تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٩ من الدستور على ما يأتي:

إنشاء القوانين العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون ولا يعفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

ونصفي فقرتها الثالثة بالآتي: "لا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون".

١٧٤- وهذه الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا إلغاؤها ولا تعديلها إلا بقانون، هي التي قدر الدستور أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها فسي العلتق القانونية على اختلافها، وعلى الأخص ما تعلق منها بمعدل التنمية وضمان وسائل تحقيقها؛ وتدفق فرص الاستثمار أو نقلها أو تراجعها؛ واستقرار الأسعار أو تقلبها بصورة حادة؛ وإمكان إيجاد فرص جديدة للعمل أو الحد منها؛ واطمئنان رأس المال الخاص لمعقولية الأعياء التي يجوز أن يتحمل بها، أو إزهاقها لوجوده، أو إنهاؤها لدوره؛ وتقلص الأموال التي يصيبها أصحابها في السوق أو انكماش حركتها؛ ووفرة الأموال التي تنفقها الدولة على مشروعاتها ومرافقها، أو ندرتها؛ وزيادة التكلفة الإجمالية للسلع أو توازنها؛ واتصال التجارة بأسبابها أو انقطاع جريانها؛ وضومر قيمة العملة أو ثباتها أو ارتفاعها؛ إلى غير ذلك مما يتصل بعوامل الإنتاج وبراء الأسواق وانفتاحها بأقل القيود عليها.

١٧٥- ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية يقتصر نطاق تطبيقها على جهة بذاتها من الرقعة الإقليمية للدولة؛ فلا يتحدد المخاطبون بها في غير إطار الدائرة الجغرافية المكانية التي بينها القانون المرخص بفرض الضريبة دون غيرها. ويقتصر هذا القانون على بيان العريض من شؤون هذه الضريبة، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يفوض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها. وهو بذلك يخولها دورا في تنظيمها قد يكون ثانويا هي أبعاده، إذا انحصر نطاق التفويض الصادر لها في حدود ضيقة.

وقد يكون دور السلطة التنفيذية في تحديد بنیان الضريبة المحلية خطيرا إذا فوضها القانون في تحديد الأهم من عناصرها. وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تبطل كل تفويض في تنظيم الضريبة المحلية إذا صدر عن السلطة التشريعية تنصلا منها عن واجباتها في ضبط الأهم من شؤونها. ذلك أن الضريبة في أشكالها المختلفة، تمس المصالح المربضة للمواطنين. ولئن جاز القول بأن الضريبة العامة أفدح عبئا من الضريبة المحلية بالنظر إلى اتساع دائرة تطبيقها وتعلقها بالواقعة التي أنشأتها أيا كال مكان تحققها؛ إلا أن الضريبة المحلية تظل في دائرة تطبيقها، عبئا ماليا على المكلفين بها لا يجوز التقليل من آثاره.

### الفرع الثاني

#### خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية

١٧٦- وسواء تعلق الأمر بالضريبة العامة أو بالضريبة المحلية، فإن قيда دستوريا هاما يحيط بها، هو أن يكون قدر إسهام المواطنين في التحمل بعينها متوازنا، ومنصفا. فلا يشق فرضها على بعضهم بما يجاوز مقدرتهم على إيفائها، أو بما يتمحض عن مصادرة للأموال محلها، أو يقيم تمييزا غير مبرر في مجال الخضوع لها.

وهذا القيد -وعلا بنص المادة ٣٨ من الدستور- هو قيد العدالة الاجتماعية كأساس لتنظيم الضريبة على تباين صورها، سواء تعلق الأمر بتحديد وعائها أو بمعدلها؛ أو بضوابط أدائها؛ أو بالجزاء على مخالفة أحكامها.

ولا يجوز القول بالتالي بأن غلو الضريبة؛ أو افتقارها إلى الضوابط الكافية لتحديدتها؛ أو إلى الصلة المنطقية بين الأموال محلها والملتزمين بأدائها؛ أو إلى ضرورة تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافيا لتحفيها؛ من المسائل التي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقوم نفسها فيها، إذ هو من صميم رسالتها.

ذلك أن الدستور وإن نص في المادة ٦١ على أن يكون الوفاء بالضريبة واجبا وطنيا، إلا أن شرط التقيد بالضريبة والنزول على حكمها، هو أن يكون فرضها واقعا في الحدود التي يتطلبها الدستور، سواء تعلق الأمر بالأوضاع الشكلية للضريبة -كإفراغ الضريبة العامة في قانون- أم بضوابطها الموضوعية التي تصدرها العدالة الاجتماعية التي ينافيها التحكم.

فلا يستبد المشرع بسلطته التقديرية في مجال فرض الضريبة، وعلى الأخص من خخلل تمييز غير مبرر بين المكلفين بالضريبة، أو عن طريق تنظيم يكون في مده أدخل إلى المصادرة، سواء تعلق الأمر بالضريبة المباشرة أو غير المباشرة<sup>(١)</sup>.

(١) تعتبر الضريبة على التراكب في الدول التي تعرضها -وليس من بينها مصر بعد إلغاء العمل بها- ضريبة غير مباشرة، لأنها لا تتعلق بملكية الأموال، بل بواقعة انتقالها من المورث إلى ورثته.

١٧٧- وفي إطار العدالة الاجتماعية، ترتبط دستورية الضريبة بخصائص بنيانها، وبما توخاه المشرع من خلال فرضها، كإضافتها إلى موارد الدولة كي تستعين بها على مواجهة نفقاتها، خاصة ما تعلق منها بإيفاء ديونها أو بالعمل على تحقيق الرخاء العام لمواطنيها.

فإذا لم يكن فرض الضريبة لصالحهم، بل كان تفضيلاً لفريق منهم على آخر إرهاباً لنشاط بعضهم المشروع دون مسوغ، فإنها تكون مخالفة للدستور. وتظل للضريبة مصدرراً للإيراد A revenue measure ولو خالطتها أغراض تنظيمية حققتها من خلال معدلها (١) The rate structure.

### الفرع الثالث

#### حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكيفها

١٧٨- والضريبة في صحيح تكيفها -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها إسهاماً من جهتهم في تكاليفها العامة. وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها. فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبتها، وإلا كان ذلك خلطاً بينها وبين الرسم، إذ يستحق مقابلاً لنشاط خاص أتاه الشخص العام -وعوضاً عن تكلفته- وإن لم يكن بمقدارها (٢).

وهذه الضريبة هي التي لا يتعلق سريرانها بجزء من أقليم الدولة. ذلك أن نطاق تطبيقها يشمل إقليمها بكل مكوناته، ليتبادل الممولون جغرافياً في مجال الخضوع لها، وإن تفاوتوا فيما يعينها، فلا يكون مبلغها واحداً لجميعهم ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية

(١) Mc Cray v. United States 195 U.S. 27 (1904).

فلو أن المشرع فرض ضريبة تحقق مورداً إضافياً للدولة، وكان لها كذلك -ومن خلال سعرها الأعلى- أثر على نشاط قائم بما يرهق مباشرته، فلي الضريبة حتى مع تحقق هذا الأثر الجاقبي، تظل مصدرراً للإيراد.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية -دستورية- جلسة ١٩٩٦/٢/٣ -قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٣-٤١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ينحصر نطاق سريانها ويتحدد المخاطبون بها في دائرة بذاتها من إقليم الدولة. وفي نطاق هذه الدائرة وحدها، يتكافأ المخاطبون بها في مجال الخضوع لها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الرابع

#### الضريبة من جهة آثارها الأصلية والعرضية

١٧٩- الأصل أن يتوخى المشرع من خلال الضريبة التي يفرضها، غرضين:

أحدهما: يكون مقصوداً من الضريبة أصلاً وابتداء Primary Motive ويتمثل في حصول الدولة على غلتها لتصبها في الخزنة العامة، بما يعينها على مواجهة نفقاتها.

وثانيهما: مقصوداً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة Incidental Motive بالنظر إلى تدخل المشرع بها ليس فقط لتحقيق أغراض الجباية المقصودة منها -أصلاً- وإنما كذلك لحمل المكلفين بها -من خلال عبئها- إما على التخلي عن نشاطهم المؤتم جنائياً كالتجارة في المواد المخدرة؛ أو إرهاق مباشرتهم لنشاط معين بالنظر إلى طبيعته الاستهلاكية أو الترفيهية أو منافاته للقيم الخلقية، كفرض ضريبة باهظة على الأفراح التي تقام في الفنادق، أو على استيراد بعض السلع التي لا يطلبها غير الأثرياء كالكايفار؛ أو على أعمال الرهان والمقامرة.

١٨٠- وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، أهدافها المالية. وقد تكون حسيلة الضريبة هي الاعتبار الأهم في مجال فرضها. وتظل الآثار العرضية للضريبة واقعة في الحالتين في نطاق وظيفتها التنظيمية. ولا تناقض بالتالي شرعيتها الدستورية.

وينبغي أن يقال حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية، بحق الملزمين أصلاً بها، والمسؤولين عنها، في تحصيلها وفقاً لأسس موضوعية يكون إنصافها ناهياً لتحفيها، كافلاً حينتها واعتدالها<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مسورية" -جلسة ١٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٤/٢٣ ص ٤٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، والقضية رقم ١٦ لسنة ١٢٦ قضائية "مسورية" جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣ -قاعدة رقم ١٣- ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

(٢) العسبة رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مسورية" -قاعدة رقم ٢٢- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- ص ٤٠٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وقد يتوخى المشرع بالضريبة تحقيق مصلحة غير مالية، كذلك التي تتعلق بتأمين الصناعة الوطنية وضمان انتعاشها من خلال أسوار الحماية الجمركية التي يقيمها حولها بما يكفل تشجيعها وترويجها. وقد يجرم المشرع -ولحماية الصناعة الوطنية- كل إخلال بالنظم المعمول بها فى شأن السلع الممنوع استيرادها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس

#### الضريبة والاستثمار

١٨١- يرتبط معدل الاستثمار فى بلد معين، بالقواعد التي يحيط بها حوافزه ومزاياه وضمائنها، وقدر الأرباح التي يحققها، وإمكان تحويلها إلى الخارج.

وكما كان من شأن القواعد التي فرضها المشرع على رعوس الأموال الوطنية والأجنبية، إخضاعها لأوضاع جديدة تلحق باستثمارها أضراراً وخيمة، كاعتصار أرباحها من خلال الضريبة؛ كان تدخل المشرع على هذا النحو حائلاً دون تدفقها أو تراكمها، خاصة وأن المزايا الانتصيفية التي وفرها المشرع لهذه الأموال من قبل، هي التي جذبتها ونقلتها إلى مصر من البلدان الأجنبية. فلا يجوز أن ينقض المشرع هذه المزايا، بعد أن ارتبط الاستثمار بوجودها؛ ولا أن يقلبها بأعباء يوزنها بها، خاصة كلما قام للدليل على جريان قوانين الاستثمار على تعاقبها، على ضمان هذه المزايا بالصورة التي هي عليها<sup>(٢)</sup>.

فضلاً عن أن المزايا التفضيلية التي كفلها المشرع لرعوس الأموال العربية والأجنبية، غايتها استئثار اهتمام أصحابها بأوضاع الاستثمار فى مصر لضمان تدفقها إليها، ودون ما قيود قد ينوء بها نشاطها. فإذا كان من شأن تقليص هذه المزايا، تصفية هذا النشاط، فإن رعوس الأموال تلك لن تبقى فى مصر، بل يعاد تصديرها منها. وعلى الأخص كما كان من شأن الضريبة

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ٨/١٧ -ص ١٦١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. وأنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٣/٢- ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٣ -ص ٤٣٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٠ -ص ٥٩٧ من الجزء الثامن.



تقويض التنافس المشروع بين القطاعين العام والخاص فلا يقوم المشروع الخاص إلى جوار المشروع العام بما يحقق تكاملهما.

ولا يتكافأ في فرص تسويق منتجاتهما. بل يحظى المشروع العام بفرص أكبر وبمزايا أعمق تزيد بها مخاطر الاستثمار الخاص، لينقلب متراجعا أو خاسراً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الأصل ألا تخرج الأعمال المباحة من دائرة التعامل، فإن فرض ضريبة لمنع المخاطبين بها من ولوج بعض الأعمال الجائزة أصلاً، يحيلها إلى نشاط محظور بالمخالفة للدستور.

ولا يجوز بالتالي فرض ضريبة تنغيا إرهاب نشاط معين بغير مبرر، ولا مصاندة حرية الفرد في اختيار الطريق الأفضل لاستثمار أمواله. ذلك أن الحرية الشخصية تقتض إرادة الاختيار، والتي تدرج حرية التعاقد تحتها بالضرورة<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع السادس

##### الملتزمون بالضريبة والمسؤولون عنها

١٨٢- يعتبر ملتزماً أصلاً بالضريبة من تتوافر بالنسبة إليه الواقعة التي أنشأتها، والتي يتمثل عنصرها في المال المتخذ وعاء لها -وهو العنصر الموضوعي في الضريبة- ثم في وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين -وهو العنصر الشخصي في الضريبة- ليكون اجتماع هذين العنصرين معاً، مظهرًا للالتزام بالضريبة من خلال تحديد المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية.

ولا يكون الشخص مسئولاً عن الضريبة، إلا إذا كان وفاءه بها تابعاً للالتزام الأصلي بأدائها، ليبقى وجوده ويزول بانقضاءه. وشرط ذلك أن تتوافر علاقة عضوية بين المسؤول عن

(١) القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٦٥ - ص ٥٠٩ - ٥٥١ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٥ من الجزء الثامن.

الضريبة من جهة، وبين المال المتخذ وعاء لها من جهة أخرى. فإذا انتفت هذه العلاقة، فليس ثمة مسئول عن الضريبة<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن ينتحل المشرع صلة بتوهمها، بين المسؤولين عن الضريبة، والمال المحمل بعينها، ولو كان إحداثه لهذه الصلة بقصد ضمان إيفاء الضريبة في موعدها، وتيسير تحصيلها. وعلى الأخص كلما فرض المشرع الضريبة على قيم أوراق مالية لم تعد للجهة التي أصدرتها صلة بها، بعد نقلها ملكيتها إلى آخرين يتداولونها بأنفسهم، ويحصلون منها على نواتجها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السابع

#### أدواؤها

١٨٣- الضريبة التي يكون أدواؤها واجبا وفقا للقانون - وعلى ما نقضى به المادة ٦١ من الدستور - هي التي تتوافر لها قوابها الشكلية، ويقوم تنظيمها على أسس موضوعية تقتضيها، وتبرر بمضمونها فرضها على المخاطبين بها، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية إطاراً لها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور. وليس للمشرع أن ينقض الشرائط التي يتطلبها الدستور لاقتضاء الضريبة. فإن هو فعل، بأن طبقها قبل نشر القانون الخاص بها في الجريدة الرسمية، أو أخل بموجباتها؛ كأن فرضها على المخاطبين بها تحميلاً لأموالهم -بغير حق- بعينها، بما يرد سلباً عليهم بقدر مبلغها، ويذل من الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة<sup>(٣)</sup>. كان اقتضاؤها مخالفاً للدستور.

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ١٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٣) الفصية رقم ٥٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٩٥ من

كذلك لا يكون أداء الضريبة واجباً وفقاً للقانون إذا توافر مناه استحقاقها في مجموع من المواطنين، ولكن المشرع أعفى بعضهم من عبئها دون مبرر<sup>(١)</sup>.

ويعتبر أصل الحق في الضريبة المتنازع على شروط تطبيقها، أو على قدر مبلغها، مطروحاً على المحكمة الدستورية العليا بقوة النصوص الدستورية ذاتها، لنقول كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

فإذا بان لها أن الضريبة تنفقر إلى قولها الشكائية، أو لا تتوافر لها ضوابط محايدة تتقدمها العدالة الاجتماعية؛ فإن أداءها لا يكون واجباً وفقاً للدستور.

### الفرع الثامن

#### رجعيتها

١٨٤- من المقرر أن القوانين الضريبية لا تعتبر بطبيعتها قوانين جزائية؛ ولا هي تعدل من الآثار التي ترتبها العقود فيما بينها. ولكن الدولة تلجأ إليها باعتبارها من الوسائل التي تحقق من خلالها قدرًا من التوازن بين أعبائها المالية التي تيلورها التكلفة الكلية لتنفقاتها من جهة؛ وبين هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، فلا يكون إسهامهم في هذه التكلفة بقدر طاقتهم. غير إيفاء لنصيبهم فيها.

وإذا كان المواطنون معاملين على قدم المساواة في مجال أداء الضريبة المكلفين بدفعها، وليس لأحد حصانة تعفيه من أدائها إلا في الأحوال التي بينها القانون، ووفق ضوابط موضوعية لا تميز في مجال تصنيفها تمييزاً بين المخاطبين بها؛ فإن رجعية الضريبة لا تدل في ذاتها على مخالفة حكمها للدستور، وهو ما قرره المادة ١٨٧ من الدستور التي تجيز الرجعية في غير أنواع الجنائية، بموافقة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم.

على أن رجعية الضريبة وإن اقتضتها أحياناً -وبالرغم من خطورة الآثار التي تحدثها في محيط العلائق القانونية- مراجعة الدولة لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وبمقدور توزيع أعبائها من جديد بما يكفل الموازن الدقيقة لعدالتها؛ إلا أن رجعية الضريبة

(١) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ - قاعدة رقم ١٩ - ص ١٦٢-١٦٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

بناؤها أن يكون قانون الضريبة منعطفاً بآثره الرجعى إلى صور من التعامل اكتمل تكوينها قبل صدوره؛ وكان المكلفون بأدائها قد تعذر عليهم توقعها قبل نفاذ تصرفاتهم هذه فى حق أطرافها؛ وإنما باعتهن بها السلطة التى فرضتها، بما يجعل اقتضاءها منهن منافياً لعدالتها الاجتماعية، وهى أساس نظامها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وإذ تنقيد السلطة التنفيذية نوماً فى مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها -سواء فى ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها، أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التى تحدثها الرجعية فى محيط العلائق القانونية، وما يلابسها فى الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يدخل السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التى يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيها دون سند من نصوص التفويض ذاتها؛ فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخلوها -بالنصوص التى تضمنها- هذا الاختصاص<sup>(٢)</sup>.

### الفرع التاسع

#### مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها

١٨٥- إذ كان لكل ضريبة -سواء فى ذلك تلك التى يكون زمامها بيد السلطة التشريعية، أو التى تعهد بفرضها إلى السلطة التنفيذية- ببيان يتناول عناصرها التى يندرج تحتها أسس تقدير وعائها، ومبلغها، والمكلفون أصلاً بأدائها، والمسئولون عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها، وغير ذلك مما يتصل بها؛ وكان إعمال النصوص القانونية التى تنظمها يفترض نشرها لضمان علانيتها ونوع أحكامها، واتصالها بالمخاطبين بها، وامتناع القول بجعلهم بها؛ وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها- مؤداه الإخلال بحقوقهم التى كفلها

(١) "ستورية عليا" - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق. "ستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "ستورية" - جلسة ٢/٧ ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١١٩٩ - ١٢٠٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

الدستور؛ فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها؛ ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها وفقاً للدستور.

ذلك أن تطبيقها في شأن المخاطبين بها قبل اتصالها بعلومهم، مؤداة مداهمتهم بضريبة تقتضو إلى قوالها للشكلية، فلا يلتزم هذا التطبيق ومفهوم دولة القانون، وإنما تقتسد الضريبة صفتها الإلزامية، فلا يكون لها من وجود<sup>(١)</sup>.

### الفرع العاشر

#### التفويض في فرضها

١٨٦- تمايز المادة ١١٩ من الدستور بين الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا تعديلها ولا إلغاؤها إلا بقانون<sup>(٢)</sup> من جهة؛ وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية التي يجوز فرضها في حدود القانون من جهة أخرى.

وغير الضريبة العامة من لفرائض المالية، هي التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، التي يتعين تكيفها بوصفها نص خاص في مجال تطبيقها، يخول السلطة التشريعية أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى في فرضها، ودون أن يتقيد المفوض في ممارسته للسلطة التي فوض فيها بغير الشروط والأوضاع التي حددها قانون التفويض.

ومن ثم لا يتقيد التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، وعند الضرورة.

وإنما شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية المشار إليها، شأن التفويض المخول للسلطة التنفيذية بنص المادة ٦٦ من الدستور، التي تخول المشرع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بأن تحدد

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/١/٣- قاعدة رقم ٧٣- ص ١٠٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) لا تعتبر صربية عامة، الضريبة التي يعرضها المشرع في نطاق الدائرة الجغرافية للمنطقة "حررة بورسعيد، بل تعتبر من قبيل الأعباء المحلية التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، والتي يكفي لفرضها أن يكون في حدود القانون.

بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، فكلهما نص خاص أوردته الدستور متضمنًا تقييد العام، فلا يكون دائراً في إطاره<sup>(١)</sup>.

### الفرع الحادي عشر

#### أوجه إنفاقها

١٨٧- يحكم الضريبة العامة أمران لا يفصلان عنها، بل تتحدد دستوريتهما على ضوءهما معاً: أولهما: أن الأموال التي تجبها الدولة من ضرائبها ورسومها وغير ذلك من مكوسها، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعها والعمل على تطويره. ويقتضيها القيام على وظائفها هذه، أن توفر بنفسها -ومن خلال الضريبة وغيرها من الموارد- المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها.

فإذا عن لها إيقاع ضريبة على مال معين، كان عليها أن تلجأ إلى السلطة التشريعية بوصفها أداة فرضها في نطاق ولايتها التي حددها الدستور.

وربما كان تقرير الضريبة أو تعديل بنائها، من أكثر مهامها خطراً واتصالاً بالجنور التاريخية التي تربط بين الطبيعة التمثيلية للمجالس النيابية، واختصاصها بفرض الضريبة -أيها كان نوعها- على مواطنيها *No taxation without representation*.

على أن اختصاص السلطة التشريعية بفرض الضريبة وغيرها من المكوس، لا يمنعها من أن تقرر بنفسها الضوابط التي تهيم بها على كيفية إنفاق الأموال التي جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها، وغير ذلك من الموارد التي تصبها في خزائنها العامة، لتنفق كل منها ذاتيتها -باندماجها مع بعضها-، فلا تكون جميعها إلا نهراً واحداً لإيراداتها الكلية Consolidated Funds.

(١) النص العام هو نص المادة ١٠٨ من الدستور. وهو نص يقيد في مجال الضريبة، الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور.

أنظر في ذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٨٩٩١/٢/٧- قاعدة رقم ٨٦ -ص ١١٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ومن خلال رقابة السلطة التشريعية على هذه الموارد في جملتها، وربطها بمصارفها، تعمل هذه السلطة على تنفيذ سياستها المالية التي لا يجنح معها الاقتصاد نحو أعاصير لا تؤمن عواقبها، ويوجه خاص في نطاق العمالة، وضمان الاستقرار الأسعار، وتحقيق معدل معقول للتنمية، وكذلك ضمان حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة. وعلى السلطة التنفيذية أن تنزل على الضوابط التي فرضتها عليها السلطة التشريعية في مجال الإتفاق العام. فلا تقتضها أو تعدلها بإرادتها المنفردة، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها أن تتفق أموالا غير مدرجة في الميزانية، أو زائدة على تقديرها.

ثانيهما: أن الضريبة العامة -بغض النظر عن جوانبها التنظيمية التي تعتبر من آثارها العرضية غير المباشرة- لا تزال مورداً مالياً. بل هي كذلك أصلاً وابتداءً.

ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التي تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية -سواء في ذلك تلك التي يكون طابعها منتظماً أو طارئاً- فلا ينفصل حصولها على تلك الموارد عن توجيهها إلى مصارفها التي تكفل تحقيق أكبر منفعة جماعية لمواطنيها.

ومن ثم يكون ربط الموارد في جملتها، بمصارفها تخصيصاً، وإحكام الرقابة عليها، شرطاً جوهرياً والزاماً دستورياً يكفل ضبط مالية الدولة، وإتفاق مواردها في الأغراض التي رصدتها السلطة التشريعية عليها؛ ويصون توجيهها لتحقيق النفع العام لمواطنيها وفقاً للقانون. فلا تكون أغراض التمويل إلا قيداً على السلطة القائمة على تنفيذ قانون الميزانية، بقرانها ولا يفارقها؛ وحداً من الناحية الدستورية على ضوابط إتفاق المال العام.

ولا يعنى ما تقدم أن الدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلى الجهة التي تراها، لتعنيها بها على النهوض بمسئوليتها وتطوير نشاطها، بل يجوز ذلك بشرطين:

أولهما: أن تكون الأغراض التي تقوم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها، وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين في مجموعهم، وأولها أثر هام على قطاع عريض من بينهم، مما يجعل دورها في الشؤون التي تعنيهم حيويةً.

ثانيهما: أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها. على أن يتم ذلك -لا عن طريق الضريبة التي تفرضها السلطة التشريعية ابتداءً لصالحها لتعود إليها مباشرة غلتها- وإنما من

خلال رصد ما يكتفيها بقانون الموازنة العامة، وفق القواعد التي نص عليها الدستور، وفي إطار الأسس الموضوعية التي يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوءها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني عشر

#### الضريبة والزكاة

١٨٨- الزكاة غير الضريبة. فالزكاة فرضتها النصوص القرآنية التي لا يجوز تعديلها أو العدول عنها. وذلك خلافاً للضريبة التي يجوز النظر في قانونها، وتغيير بنائها، بسل وإلغاؤها. فضلاً عن أن الزكاة من الأركان التي لا يقوم الدين بدونها. ودائرة تطبيقها تغاير نطاق الضريبة وشروط سريانها والمكلفين بها.

وما تتوخاه الزكاة هو أن تقدم العون للذين يحتاجونها، وهو ما يميز بينها وبين الضريبة التي ترتد في مصدرها المباشر إلى القوانين الوضعية، والتي لا تفرضها الدولة أصلاً إلا بقصد تنمية مواردها التي تواجه بها نفقاتها.

ولأن الضريبة والزكاة مختلفتان من كل الوجوه، فإن تحملهما معاً لا يناقض الدستور<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث عشر

#### ربط الضريبة بالدخل كأصل عام

١٨٩- لا تقتصر الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة، على صيغ بذاتها من الأموال دون غيرها. ولكنها تسعها جميعاً دون تمييز. وكلما فرض المشرع ضريبة على ريع أموال المكلفين لها بما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير، كان ذلك عدواناً عليها بما يخرجها بنمائها.

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٣٠ - ٦٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

أنظر كذلك القضية رقم ٨٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٠ - ص ١١٤١ - ١١٤٤ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.



أو في كثير من أجزائها من أيديهم. فلا تكون الضريبة بذلك إسهماً منطقياً من المستثمرين بأدائها في تحمل نصيبهم للعادل من الأعباء العامة، وإنما تنحل إلى مصادرة لأموالهم ولو بصفة جزئية.

كذلك فإن فرض ضريبة على رموس الأموال ذاتها، مؤداه تأكلها، فلا تتجدد روافدها لبناء قاعدة اقتصادية أعرض. ويتعين بالتالي أن يكون الدخل -ولياً كان مصدره- قساعة للضريبة بالنظر إلى الصلة المنطقية بين الدخل والمقدرة التكاليفية للممول. فلا يكون الدخل إلا مصدراً طليعياً للضريبة، وشرطاً مبدئياً لعدالتها، وأصلاً في وعائها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك الضريبة التي يفرضها المشرع على ما يؤول إلى الورثة من الحقوق المالية التي خلفها مورثهم بعد توزيعها عليهم وفقاً لأنصبتهم المقررة في الشرع. ذلك أن فرضها ينحل إلى اقتطاع لجزء من أنصبتهم هذه التي فرضها الله تعالى ليظل مقدارها ثابتاً، باعتبارها من حدوده التي لا يجوز لأحد أن يقرّبها وإلا كان باغياً. ولا يجوز بالتالي أن تقاسمهم الدولة -من خلال ضريبة الأولولة التي فرضتها على أنصبتهم تلك- في حقوق اختصاصهم الشرع بها، وقصرها عليهم<sup>(٢)</sup>.

وتبطل الضريبة التي يفرضها المشرع على رموس الأموال، كلما كان سريانها في شأنها منتهياً إلى امتصاصها، وعلى الأخص إذا استطل زمن تطبيقها، وأطلقت أغراض الجباية بتوجهها إليهم. كان يفرضها المشرع على قيم مالية لم تصدر صكوكها بعد، أو لم يجر تسليمها لأصحابها<sup>(٣)</sup>.

(١) الحكم السابق ص ١٠٨ و ١٠٩ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٨ لسنة ٢٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٨/١٢/٥- قاعدة رقم ١٣ - ص ١٠٢ - ١٠٣ من المحل الأول من الجزء التاسع.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٨ - ١١٠ من الجزء الثامن.

ولأن الدخل في مصادره المختلفة يشكل وعاء رئيسياً للضريبة؛ فإن الضريبة على ريع الأموال لا يجوز فرضها إلا استثناءً، وفي حدود ضيقة، ولفترة قصيرة، وكضرورة ملحة، وبما لا ينال من وعائها، سواء في كل أجزائه، أو معظم جوانبه<sup>(١)</sup>.

### الفرع الرابع عشر

#### العدالة الاجتماعية كقيد يحكم الضريبة وغيرها من الأعباء المالية

١٩٠- لأن كان نص المادة ٣٨ من الدستور قد أتى بالعدالة الاجتماعية كقيد على النظام الضريبية على اختلافها؛ إلا أن الضريبة تمثل في كل صورها، عبئاً مالياً على المكلفين بها، شأنها في ذلك شأن غيرها من الأعباء التي انتظمتها المادة ١١٩ من الدستور، كالرسوم.

وبتعيين بالتالي -وبالنظر إلى وطأتها وخطورة تكلفتها- أن يكون العدل من منظور اجتماعي، مهيمناً على صور الأعباء المالية جميعها؛ محدداً الشروط الموضوعية لاقتضاءها؛ نائياً عن التمييز بينها دون مسوغ.

فذلك وحدة ضمان خضوعها لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعهم في شأن الحقوق عينها، فلا تحكمها إلا مقاييس واحدة لا تتفرق بها ضوابطها<sup>(٢)</sup>.

ولم يحدد الدستور ما قصده بالعدالة الاجتماعية التي أقام عليها النظام الضريبي؛ وإن فُسل واضحاً أن مفهوم العدل لا يتحدد أصلاً إلا من منظور اجتماعي باعتباره متوخياً التعبير عن تلك القيم الاجتماعية التي لا تنعزل الجماعة في حركتها عنها، والتي تبلور مقاييسها في شأن ما يعتبر حقاً لديها.

(١) الفصية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية دستورية جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٤١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. وقد صدر هذا الحكم في شأن الضريبة على الأرض للنضاء. وقررت المحكمة في منونات حكماً، أن كل ضريبة يعرضها المشرع على رأس مال لا يقل دحلاً، وبطريقة دورية متجددة، ولفترة غير محددة مع زيادة تحكمية، في قيمته التي تمثل وعاء الضريبة؛ ينطوي على عنوان على الملكية الخاصة -وأنص مفهوم العدالة الاجتماعية -محتفه نص ثمانين ٣٢ و ٣٨ من الدستور

(٢) الفصية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ - ٣٨٥ من الجزء الثامن.

فلا يكون مفهوم العدل حقيقة مطلقة لا تبدل فيها؛ ولا ثابتاً باطراد؛ بل مرناً، ومتغيراً وفق معايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها.

وهو بذلك لا يعدو أن يكون نهجاً متوصلاً، منبسطاً على أشكال من الحياة تتعدد ألوانها، وازناً بالقسط تلك الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين، فلا تكون وطأتها على بعضهم عدواناً. وإنما يكون تطبيقها فيما بينهم، إنصافاً لجموعهم؛ وإلا صار القانون منهياً للتوافق في مجال تنفيذه، وغداً إلغاه لازماً<sup>(١)</sup>.

وحقائق العدل الاجتماعي، هي التي تتحدد على ضوئها شروط اقتضاء كافة الأعباء المالية على اختلافها، سواء في ذلك ما اتخذ منها شكل الضريبة، أو ما كان منها في صورة رسم، أو كان قوامها تكليفاً مالياً آخر. إذ تنبسط عليها جميعها مفاهيم العدل الاجتماعي التي تتحقق من خلالها الضوابط الموضوعية لفرضها وتحصيلها، بما يكفل إنصافها وخضوع المكلفين بها لحماية قانونية يتساوون فيها.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ الدولة من مفهوم الجبائية، قاعدة تلتزمها لتوفر عن طريقها موارد تنويعها، ولو أدرجتها بالفعل في ميزانيتها<sup>(٢)</sup>.

وليس لها كذلك أن تلاحق الممولين الخاضعين للضريبة، أو لغيرها من الأعباء المالية المنصوص عليها في المادة ١١٩ من الدستور، بفرائض مالية تكميلية يكون طلبها منهم مصادماً لتوقعهم المشروع.

ومن ذلك تحريرها عن القيمة الحقيقية للعقار بعد تمام عملية الشهر واستكمال إجراءاتها، توطئه لإخضاع ما يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسم إضافي يتأخضهم بها الجهة القائمة على

(١) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) حق كل مواطن في أن تعرض عليه ضريبة يكون إنصافها نالفاً لتخفيفها من الحقوق التي يكفلها له الدستور باعتبار أن هذا الحق هو الذي يوازن سلطة الدولة في تحصيلها لتغطية أعبائها ومواجهة نفقاتها.

تنفيذ قانون الضريبة. فلا يكون مقدارها معروفا سلفاً لديهم، ولا مائلاً في أذهانهم قبل الشهر، بل يتخذ طلبها منهم صورة المداخلة التي لا يعرفون معها لأقدامهم موقعها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس عشر

#### دستوريتها

١٩١- يفترض في الضريبة، وكذلك في أوجه إنفاق حصيلتها توكيها لفرض عام يحيط بها وتكون الضريبة مخالفة للدستور في الأحوال الآتية:

١. إذا كان فرضها مؤدياً إلى حمل المكلفين بها على الإدلاء بمعلومات عن نشاطهم قد يدينهم في تحقيق جنائي<sup>(٢)</sup> إذ لا يجوز بحكم الدستور حمل شخص على شهادة قد يدان بموجبها.

٢. إذا كان المقصود بالضريبة دعم عقيدة تتحاز الدولة لها، إضراراً بعقيدة تتأونها تحاملاً عليها. ذلك أن حرية العقيدة تفيد انعدام التفصيل بين العقائد؛ وتسويها في المعاملة القانونية؛ وامتناع تقديم إحداها على غيرها، وحمايتها جميعاً في إطار شروط متساوية.

٣. إذا كانت الضريبة جزءاً لا يتجزأ من تنظيم أشمل وقع مخالفته للدستور، إذ تعتبر الضريبة في هذه الحالة، أحد عناصره الأساسية، لتسقط بسقوطه.

٤. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرض الاستثمار والادخار. تزيد من فرص التضخم ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية المعرض والأعمق، ولا تهض بها العمالة فإن فرضها يكون مجاوزاً للحدود التي يكون بها أداؤها واجبا وفق القانون. ذلك أن

(١) انظر في ذلك نص البند (جـ) من المادة ٢١ من القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية من طبق عليهم هذا البند خلال فترة نفاذه السابعة على العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل قانون رسوم التوثيق والشهر. انظر في بطلان التفسير التكميلي لبيعة القرار، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/٢/٢١ - قاعة رقم ٢٤ - ص ٣٨٣-٣٨٦ من الجزء الثامن من مجموع أحكامها.

(٢) فالضريبة التي تعرض على الأرباح التي يحققها الاتحاد في المواد المحترقة، تقتضي من المكلفين بها الإضرار بشاغلهم في مجال التعامل معها، وقد أرباحهم منها، بما يدينهم بجريمة الاتجار فيها.

العمل، والحق في التنمية، من الحقوق التي كفلها الدستور على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

٥. إذا كان هدفها مجرد ملاحقة الممولين بفرائض مالية تصادم توقعهم المشروع. كفرض الضريبة على تصرفاتهم القانونية بعد نفاذ آثارها وانتقال الأموال محلها -وبصفة نهائية- إلى آخرين لتتخذ الضريبة -في هذه الصورة- شكل المداخلة التي تنقض على الممولين وتباغتهم<sup>(٢)</sup>.

٦. أن تتمحض الضريبة جزاء غير مفهوم. فلو أن المشرع حظر استخدام الأطفال في المناجم إذا كانوا أقل من السن التي حددها، وإلا تعين على من يستخدمونهم أن يؤدوا إلى الدولة ١٠% من أرباحهم الصافية؛ وكان هذا الجزاء متصلاً بشروط العمل، وواقعاً في كل الأحوال؛ وسواء أكان المستخدمون لهؤلاء الأطفال قد خالفوا الحظر المفروض عليهم مرة واحدة في شأن طفل واحد، وعلى مدار عام كامل؛ أم كان نكولهم عن هذا الحظر متصلاً دون انقطاع بأطفال كثيرين، فإن الغريضة المالية التي ألزمهم المشرع بها، تفقد صلتها بالأعمال المخالفة التي ارتكبوها، وتاسبها معها. وفي ذلك خروج بها عن ضوابط الاعتدال بما يصممها بمخالفة الدستور<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٩٧ قضائية دستورية- ص ١٢٨٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) Bailey V. Drexel Furniture Co., [Child Labour tax case] 259 U.S. 20 (1922).

نقرر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية -فيها طعناً كانت الضريبة تنتج بعض الدخل، فليس لهذه المحكمة أن تتحرى بواطن المشرع من وراء فرضها، ولا أن تحت في مدى تقييدها لنشاط الممول بعينها.

٧. أن مجرد زيادة سعر الضريبة، وإن كان لا يبطلها، إلا أن وطأة الضريبة لا يجوز أن تتجاوز بقلتها حدود معقوليتها، ولا أن تتمر أو تمتص جانباً جسيماً من وعاتها، وإلا تعين الحكم بعدم دستوريتها.

٨. لا يعتبر تأنيب المشرع أفعالا بذواتها، وتقرير عقوبة مالية على مخالفتها، واقعا في نطاق الضريبة، ولا هو من صورها. ذلك أن إيقاع هذه العقوبة تقرر كجزاء على إثبات أفعال أئمتها المشرع. فلا تكون هذه الأفعال إلا واقعة في نطاق التجريم لخروجها على الخط الفاصل بين ما هو مباح، وما هو محظور.

٩. يفترض دستورية الضريبة، إلا إذا كان عوارها ظاهراً من وجهها. إذ يتعين في هذه الحالة أن تقيم الدولة بنفسها الدليل على أن مصلحة قاهرة هي التي اقتضتها، وأن التدخل بها في نطاق الأوضاع القائمة، كان في أضيق الحدود.

١٠. تبطل الضريبة إذا توخى المشرع من فرضها تحقيق أغراض يناهضها الدستور، كإن يفرض المشرع ضريبة باهظة يكون من أثرها الحط من تقدم الفنون على اختلافها، بما يناهض ضرورة تشجيعها وتطويرها التي حض الدستور عليها.

١١. لا يعارض الدستور فرض ضريبة يكون هدفها ردع أو خفض النشاط المحمل بعينها، ولو كان إيردها ضئيلاً Negligible، وذلك إذا لم يكن هذا النشاط مطلوباً Inimical، أو لا صلة له بـ Unessential في تحقيق الرخاء العام (١).

"It is axiomatic that the power of the congress to tax is extensive and sometimes falls within the crushing effect on businesses deemed unessential or inimical to the public welfare".

١٢. أن كل ضريبة يلبسها المشرع غير ثوبها ليخفي حقيقتها، يكون فرضها محتفياً للدستور.

(١) See United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953)".

١٣. الوحدة الجغرافية للضريبة العامة التي يقتضيها سريانها على كامل أقليم الدولة بغض النظر عن فواصله الإدارية، لا تعني وحدة عبئها في مجال تطبيقها على كل شخص من المكلفين بها<sup>(١)</sup>.

١٤. لا ينال من دستورية للضريبة أن تكون لها آثار جانبية، اقتصادية أو اجتماعية. ذلك أن كل ضريبة، حتى مع افتراض عدالتها، تزيد من تكلفة النشاط المحل بها<sup>(٢)</sup>.

Almost any tax will achieve an ancillary effect by increasing the taxed activities for individuals or corporations.

١٥. تظل الضريبة التي اكتمل بنيانها وفقاً للدستور، موافقة لأحكامه، ولو أساء المشرع استخدام حصيلتها. ذلك أن سلطة فرض الضريبة وضوابط دستورتها، تنفصل عن أوجه إنفاق إيرادها في مصارفها المحددة لها بقانون الميزانية<sup>(٣)</sup>.

١٦. لا يجوز أن يكون الإغراق في أغراض الجباية هدفاً يحدد للضريبة وجهتها، ويهيمن على تشكيل ملامحها، وعلى الأخص كلما كان عبؤها فادحاً<sup>(٤)</sup>.

١٧. يتعين أن ترتبط النصوص القانونية التي تنظم الضريبة، عقلاً بأهدافها، وأن يتحقق التوافق بين أهدافها ونصوص الدستور.

١٨. خوض جهة الرقابة على الدستورية في أغراض الضريبة، وثيق الصلة بتقييم بنيانها على ضوء حقيقة أهدافها. وهي عين المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية في شأن دستورية الضريبة المتنازع عليها.

(١) Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900).

(٢) Laurence H. Tribe, *ibid.*, p. 319.

(٣) وقد جمع الدستور الأمريكي الفيدرالي في مادة واحدة - هي الفصل الثامن من مادته الأولى - بين اختصاص الكونجرس في فرض الضريبة من جهة؛ وسلطته في الإنفاق من جهة ثانية. ذلك أن هذه المادة تخول الكونجرس اختصاص فرض الضريبة وغيرها من المكوس، وكذلك تحصيلها من أجل الوفاء بالديون وتوفير الأموال اللازمة لأغراض الدفاع وتحقيق الرخاء العام.

(٤) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١ - قاعدة رقم ٦٦ ص ٩٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١٩. تتوافر الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في شأن الضريبة، لا يفيد -ولو ضمنا- خلوها من مثالبها الموضوعية؛ ولا ينفي عنها بالضرورة تحييفها وخرجها على ضوابط الاعتدال التي يوازن بها المشرع بين اتجاه الدولة أو سعيها لتنمية مواردها نهوضاً بأعبائها؛ وبين حق المخاطبين بها في أن يقرر المشرع معدلها وشروط اقتضاها، وفق معايير تنهيأ بها للعدالة الاجتماعية -وهي قاعدة نظامها- أسبابها<sup>(١)</sup>.

٢٠. اختصاص السلطة التشريعية بتحديد أوجه إنفاق حصيلة الضريبة، يخولها كذلك تقرير الشروط التي يتم من خلالها هذا الإنفاق، بما يقيم صلة منطقية بين شروط إنفاق حصيلة الضريبة؛ والضوابط التي يتعين على السلطة التنفيذية التقيد بها في مجال تنفيذ قانون الميزانية.

٢١. لا يجوز فرض ضريبة على أموال ليس لها من صلة بالملتزمين أصلاً بأدائها، ولا على أموال لم تعد بيد المسؤولين عنها. وإنما فرضها المشرع بعد خروجها من ذمتهم وانتقال ملكيتها إلى آخرين<sup>(٢)</sup>. ذلك أن المسؤولين عن الضريبة الذين أقامهم المشرع إلى جوار الملتزمين أصلاً بها، وكلفهم بتوريد مبلغها إلى الخزنة العامة لضمان تحصيلها، والتقليل من نفقة جبايتها، لا يتحملون بها إلا إذا اتصل المال محلها بأيديهم، حتى يقطعوا مبلغها من هذا المال ويقومون بتوريده.

٢٢. ولئن كان المسؤولون عن توريد الضريبة، لا يلتزمون أصلاً بها، ويعتبر تكليفهم بتوريدها تابعاً للالتزام المدين الأصلي بها، يبقى ببقائه ويزول بانقضاءه؛ إلا أن من حقهم النعسي عليها مخالفتها للدستور إذا كان مبلغها يحد من نشاطهم ونطاق خدماتهم التي يؤدونها إلى الملتزمين أصلاً بالضريبة. فقد يعهد أشخاص إلى بعض الفنادق بتنظيم حفلاتهم فيها مقابل مبلغ

(١) الحكم السابق ص ٩٧١-٩٧٢

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قسائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٩ - ١١٠ من الجزء الثامن. ويلاحظ أن صريحة الدفعة المضمون عليها في هذه القضية كل محضها أوراق مالية أو حصص أو أنصبة أخرحتها الهيئة أو الشركة المصرية التي إعتدتها من ملكيتها، وذلك من خلال مطالها الحق فيها إلى آخرين. وقد اعتبرت المحكمة أن صلة الشركة أو الهيئة المصدرة لهذه الأوراق أو الحصص أو الأنصبة، صلة واهمة لاجلها المشرع صدر سنهاء الضريبة من المسؤولين عن توريدها ضريبة الدفعة، بالرغم من أن إصدار الشركة أو الهيئة لهذه الأوراق أو تلك الحصص أو الأنصبة، يعصلها عنها، فلا يكون لها بعد ذلك شأن بتداولها ولا بإيرادها.



يدفعونها وقد يفرض المشرع على من يقيمون حفلاتهم هذه، ضريبة يعقلها من المبالغ التي يودونها إلى الفندق، بما يجعلهم بوصفهم ملتزمين أصلاً بدفعها. فإذا أقام المشرع - وإلى جانبهم - من يديرون هذه الفنادق أو يملكونها، وإلزامهم بتوريد تلك الضريبة إلى الخزنة العامة؛ فإنهم يكونون مسؤولين عن هذا التوريد.

وكلما كان مقدار تلك الضريبة مجاوزاً حدود الاعتدال، أرق فرضها من يقيمون حفلاتهم في تلك الفنادق وحملهم على التخلي عن حفلاتهم هذه، فلا يكون دفاع أصحابها عن مصالح عملاتهم في ضريبة لا ترهقهم، غير دفاع من جهتهم عن مصالحهم الشخصية في أن تقل فتائقهم مفتوحة لمن يرغبون في تنظيم حفلاتهم بها وترتيبها<sup>(١)</sup>.

٢٣. لا يجوز أن تنتزع الدولة بمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، لتقرير جزاء على الإخلال بها يجاوز بمده أو بتعدد صورته، للحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية. ذلك أن الأصل في الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً أم مالياً أم تأديبياً- أن يتعلق بأفعال بنواتها يعينها المشرع. فلا يكون الجزاء ملائماً إلا إذا كان متناسباً معها The principle of proportionality، ومتدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام؛ وإلا صار الجزاء غلو غير مقبول. كذلك فإن تعدد صور الجزاء، وانصبابها جميعاً على مال المدين -مع وحدة سببها- ينافي مفهوم العدالة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الضريبية جميعها، وينقص -دون مقتضى- من العناصر الإيجابية للزمة المالية للمكلفين بالضريبة أصلاً، أو المسؤولين عنها<sup>(٢)</sup>.

٢٤. الأصل في الضريبة، أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها بوصفها إسهاماً من جهتهم في أعبائها وتكاليفها؛ وكان هؤلاء يدفعونها لها بصفة نهائية، وبغير أن تقابلها خدمة محددة يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها؛ وكان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكلفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بسببها، حتى لا تختلط الضريبة بالرسم الذي يستحق مقابل نشاط خاص أتاحه الشخص العام، وعوضاً عن تكلفه، وإن لم يكن

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ نصية دستورية - طعة ٣ هراير ١٩٩٦ - فائدة رقم ٢٢ - ص ٣٩٣ وما بعدها

من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٤٠٨ من الحكم السابق.

بمقدارها؛ إلا أن الضريبة - والرسم يتفان في خضوعهما معا - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - لضوابط العدالة الاجتماعية التي أقام الدستور عليها النظم الضريبية جميعها<sup>(١)</sup>.

٢٥. إذ نص الدستور على أن فرض الضريبة العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون، وأن الإعفاء منها يجوز أن يكون في حدود القانون؛ فقد دل بذلك أن صدور تفويض في شأن هذه الضريبة ينحصر في تقرير الإعفاء منها؛ وأن غير ذلك من أحكامها، لا تحدد غير السلطة التشريعية بنفسها. ولا كذلك غير الضريبة العامة من الأعباء العامة، إذ يجوز أن يحدد القانون إطارها، وأن تستكمل السلطة التنفيذية جوانبها في الحدود التي بينها القانون.

٢٦. لا يجوز لمنطقة إقليمية داخل الدولة الواحدة، أن تفرض ضريبة محلية تحد بها من تدفق التجارة إليها من منطقة إقليمية أخرى.

٢٧. يتعين في مجال تقييم دستورية الضريبة، النظر إلى نوع وقدر الأعباء التي ألقيتها على المخاطبين بها - سواء كانوا ملتزمين أصلاً بها أو مسئولين عنها - وإلى قيام صلة حقيقية بين المال المحمل بعينها وهؤلاء المخاطبين.

٢٨. مجرد حاجة الدولة إلى الضريبة لتنمية مواردها، لا يعتبر عنصراً قاطعاً في دستوريتها.

٢٩. لا يجوز في الدول الفيدرالية، أن تميز ولاية بين نشاط يباشره مواطنوها داخل إقليمها، فتعفيه بغير مبرر معقول من ضريبة تفرضها على نشاط مقابل يباشره مواطنون تابعون لولاية أخرى داخل حدودها<sup>(٢)</sup>. ويعتبر التمييز المقرر بقانون الولاية على هذا النحو غير مبرر، إذ كُن في واقعه تحكماً، ولو كان محايداً في مظهره أو وجهه. وليس لولاية أن تفرض ضريبة على غير أجزاء النشاط الواقعة في نطاق حدودها الإقليمية، إذا كان هذا النشاط متدياً إلى أكثر من ولاية.

(١) ص ٤١٣ - ٤١٤ من الحكم السابق.

(٢) Hale v. Bimco Trading co., 306 U.S. (1939).

فالولاية التي تفرض رسوم تفتيش على الأسمت المستورد من ولاية أخرى يعادل ستين مثلاً قيمة بعضات التفتيش، تعتبر مخالفة لشرط التبادل الحر للتجارة بين الولايات، إذا كان الأسمت المحلي في الولاية معنى من هذه الرسوم بالكامل.

٣٠. تعتبر الضريبة التي تفرضها ولاية أثناء المرور العابر لبضاعة بإقليمها، ضريبة مكررة Repeatable tax يناقض فرضها شرط التبادل الحر للتجارة فيما بين الولايات بعضها البعض<sup>(١)</sup>. ويفترض دوماً مناسبة الضريبة التي تفرضها الولاية على ذلك الجزء من النشاط المحمل بها في نطاق إقليمها، وذلك نقادياً لزدواج الضريبة<sup>(٢)</sup>.

وليس بشرط في ذلك الجزء من النشاط المحمل بالضريبة المحلية، أن يكون سلعا تتدفق عليها من ولاية غيرها، وإنما قد يتعلق التدفق ببعض القيم المالية، كفرص التمويل الأفضل للمشروع، أو التقنية المتطورة<sup>(٣)</sup>.

٣١. لا يجوز لولاية أن تفرض على نفسها عزلة اقتصادية تحرمها من الاتصال بباقي أجزاء الاتحاد، ولا أن تعزل من خلال الضريبة التي تفرضها، جريان التجارة بينها وبين غيرها من الولايات بما يحول دون تنقلها، أو يعطل وسائل نقلها، أو يبهظ حركتها بتدابير توقعها، وبمراعاة أن حرية التجارة بين أجزاء الاتحاد، لا يخل بها أن تتخذ كل ولاية، التدابير الضرورية التي تؤمن بها سكانها وحيواناتها ونباتاتها وأشجارها ومخزون سلعها ومنتجاتها، من الأمراض التي قد تصيبها من التجارة الوافدة بشرط ألا تزيد تكلفة هذه التدابير التي تقتضيها ممن يتاجرون معها، عن معدلاتها المنطقية. ولكل ولاية بالتالي أن ترد عن حدودها كل بضاعة أجنبية أو محلية إذا قام لديها مجبر معقول يحملها على الاعتقاد بأن من شأن اتصال هذه البضاعة بإقليمها، الإضرار برخائها العام ممثلاً في ضمان صحة مواطنيها وتأمين سلامتهم وصون قيمهم الخلقية.

٣٢. لا يجوز لاية ولاية كذلك أن تقرر معاملة تفضيلية للسلع التي تأتيها من جهة دون أخرى من أجزاء الاتحاد. وإنما يتعين أن تترايط وحداته فيما بينها، وأن تردّد قوتها وتماسكها من خلال اتصال التجارة فيما بينها دون عائق كي تتفتح قنواتها. خاصة وأن تقديمها المصالح التجارية للمقيمين فيها، على غيرهم، ليس إلا مدخلاً لتدابير الردع التي تتخذها قبلها كل ولاية أضرت بها المعاملة التفضيلية لغيرها، بما يوهن الاتحاد، ويؤدي إلى بلقنة التجارة القومية بكل أشكالها.

(١) Champlain Co V.Brattleboro, 260 U.S. 366 (1922).

(٢) General Motors Corp. V. Washington, 377 U.S. 436 (1964).

(٣) Laurence H. Tribe, p. 466.

ذلك أن حرية التجارة بين الولايات هي التي تكفل اتصال أسواقها، وإمكان فناد منتجاتها إلى أقاليم الاتحاد في مجموعها، بغير أسوار جمركية، وبما يحقق مصلحة الصناع والمزارعين -أيًا كان مكان توطنهم في الاتحاد- وكذلك مصلحة المستهلكين الذين يضمون من خلال تنافس الولايات فيما بينها، الحصول على أفضل منتجاتها بأقل الأسعار.

٣٣. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والادخار، تزيد من التضخم، ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة، فإن فرضها يكون مجاوزاً لضوابط عدالتها الاجتماعية، فلا يكون أدلؤها واجباً وفقاً للقانون. ذلك أن الحق في التنمية وفي العمل من الحقوق التي كفلها الدستور<sup>(١)</sup>.

٣٤. لا ترتبط دستورية الضريبة بعظم حصيلتها، ولا بتفنيها ضائلتها. ولا يحول دونها أن يكون للضريبة فضلاً عن مقاصدها الأصلية -التي يعكسها اتجاه الدولة إلى الحصول على مبلغها إنماء منها لموارد ترصدها على مصارفها- أثراً عرضية من شأنها فرض أعباء متفاوتة على صور من النشاط التي يأتيها المكلفون بها، والتي تقع الضريبة عليها، بما ينهيها أو يرهقها<sup>(٢)</sup>.

٣٥. ويدخل اختيار المشرع لوعاء الضريبة -وهو المال المحمل بعينها- في نطاق سلطته التقديرية، ولو كان فرضها غير مقبول بوجه عام. ولا ترتبط دستوريته بالتالي بتوافر بدائل تحل محلها، وتكفل تحقيق حصيلتها<sup>(٣)</sup>.

بيد أن هذا الاختيار وإن كان يدخل في نطاق السلطة التي يباشرها المشرع في موضوع تنظيم لحقوق، إلا أن هذه السلطة تقيدها الضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحذ من إطلاقها

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٦٦/٣/٢- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ٦ يوبه ١٩٩٨ -ص ١٣٧٦ من الجزء الثامن

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ و ١١٢ من الجزء الثامن.

ولترسم نخومها التي لا يجوز أن يتعدها المشرع، سواء بإغراق هذه الحقوق من خلال تنظيمها، أو عن طريق تقييدها بما يرقعها، ويحد من اكتمال مجالاتها الحيوية التي تمثل لبها ونواتها<sup>(١)</sup>.

٣٦. حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، ولإجراء ما يتصل بها من أشغال عرسية؛ ينبغي أن يقابل بحق الملتزمين أصلاً بها، والممولين عن توريدها، في فرضها وتحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافياً لتحيفها<sup>(٢)</sup>.

٣٧. وعاء الضريبة هو المال المحمل بعينها. ويتعين أن يكون وجوده محققاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ثابتاً بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص. ذلك أن مقدار الضريبة أو مبلغها أو دينها، لا يتحدد على وجه اليقين، إلا إذا ارتبط بعائنها، وكان محمولاً عليه. وعاء الضريبة بالتالي هو مادتها، والغرض من فرضها هو أن يكون هذا المادّة مصرفها. فإذا فرضها المشرع على دخل معين، تعين أن يكون مبلغها متأتياً من هذا الدخل دون سواء، وناجماً عن وجوده - حقيقة لا حكماً - ومنسوباً إلى مقداره، واقعاً لا مجازاً.

فإذا انفصم دين الضريبة عن عائنها. ولم يكن نتيجة تحقق الدخل المحمل بعينها، دل ذلك على أن الرابطة بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها بما يناقض أسسها الموضوعية التي لا تقوم إلا بها<sup>(٣)</sup>.

٣٨. ليس ثمة مصلحة مشروعة تترجى من وراء إقرار قانون يتوخى مجرد تنمية موارد الدولة عن طريق ضريبة تفتقر إلى قوالبها الشكلية، أو لا تتوافر فيها عناصر عدالتها الاجتماعية. ذلك أن جباية الأموال ذاتها لا تعتبر هدفاً يحميه الدستور. بل يتعين أن تكون هذه الجباية وفق قواعده، وبالتطبيق لأحكامه<sup>(٤)</sup>.

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/١٢/١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥/٧ - ص ٨٤ و ٨٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٤) للحكم السابق - قاعدة رقم ٢/٧ ص ٨٣.

٣٩. إقرار السلطة التشريعية لضريبة تم فرضها بالمخالفة للدستور -ولو بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ العمل بها- لا يحجبها من جديد ولا يزيل عوارها ولا يحيلها إلى عمل مشروع.

والقانون المجيز لها في عداد القوانين التي يتقيد اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها بالدستور. ذلك أن الضريبة التي تنالض الدستور، يلحقها العدم منذ فرضها، فلا ترد إلى الحياة لأن الساقط لا يعود<sup>(١)</sup>.

٤٠. إذا فوض المشرع رئيس الجمهورية في تعديل قانون الضريبة على الاستهلاك من خلال إضافة سلع جديدة إلى قائمة السلع التي أخضعها هذا القانون لأحكامه، فإن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون معدلاً من بيان الضريبة من خلال تحويل أحكامها ونطاق سريانها. ويقع هذا القرار باطلاً بالتالي بعد أن قام على تفويض مناقض للدستور<sup>(٢)</sup>.

٤١. تعتبر العدالة الاجتماعية قيداً على النظم الضريبية جميعها. ولئن كان الدستور لم يبين لهذه العدالة مفهوماً، إلا أن العدل -وباعتباره قيمة مثلى- لا يتحدد إلا من منظور اجتماعي على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة خلال زمن معين، وكان التزامها بها مهيمناً على مظاهر سلوكها، تعبيراً من جانبها عن أكثر المصالح توافقاً مع بيئتها. فلا يكون قبول أفرادها بها، إلا حلاً ملائماً لتنازع توجهاتهم وتعارضها.

وصح القول بالتالي، بأن تلك القيم لا تعنى شيئاً ثابتاً باطراد؛ وأن معانيها وغاياتها تتباين تبعاً لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها؛ وكان لا يجوز بالنظر إلى مخاطر التعارض في مجال العدالة الاجتماعية بين مقترضاتها النظرية ومتطلباتها العملية، أن يكون تصورهما ذاتياً، ولا

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن. فلو أن المشرع حوّل رئيس الجمهورية أن يرض الضريبة العامة على المبيعات بقرار مسه، فإنها تتعدى أصلاً. ولا يصور أن يرضها قانون لاحق إلا إذا طلق بأثر ميسر. فإذا انسحب هذا القانون إلى تاريخ العمل بصريية المبيعات المعنومة بصمت إحيائها، وقع هذا القانون باطلاً.

(٢) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

دائرة تطبيقها منغلقة على نفسها؛ إلا أن القيم التي يحتضنها العدل، تظل نتاج الخبرة التي صهرها العقل الجمعي، فلا يلتبس المشرع طرقها بعيداً عما يراه الأفراد في مجموعهم حقاً وإنصافاً<sup>(١)</sup>.

ومما يناقض مفهوم العدالة الاجتماعية، ويخل بالحماية التي تكفلها السدول الديمقراطية لمواطنيها في حدها الأدنى، أن يكون الجزاء على مخالفة قانون الضريبة، منطوياً على الغلو. وهو ما يظهر على الأخص حين يعامل المشرع أفعالاً تتنافر خصائصها، ولا تتحد فيما بينها في قدر خطورتها، بافتراض تساويها في الآثار التي تترتبها، ليجمعها في بوتقة واحدة، ويذل على كبل منها صور الجزاء ذاتها التي فرضها على غيرها، لتحيطها وطأتها دون تمييز بينها؛ وذلك سواء كان التورط في هذه الأفعال ناشئاً عن عمد أو عن إهمال أو عن فعل لا يفتزن بأيهما؛ وسواء كان إتيانها بقصد التكتيل على القائمين على تنفيذ قانون الضريبة عن طريق إخفاء بياناتها، أو عرض ما هو غير صحيح منها بقصد التخلص منها كلها أو بعضها واقتصاص مبلغها؛ أم كان منتهياً إلى مجرد التأخير في توريدها؛ وسواء كان التأخير في توريدها عرضياً أو مقصوداً؛ محدوداً بفترة زمنية ضيقة، أو متراخياً أجلاً طويلاً؛ ناجماً عن قوة قاهرة، أو عن أوضاع طارئة مفاجئة<sup>(٢)</sup>.

ليظهر عين الجزاء متعلقاً بأفعال تتنافر عناصرها وعواقبها، فلا يكون جزاء كل من هذه الأفعال مناسباً لحقيقتها. بل يقيس المشرع أخطأها خطراً على أسوتها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وأثارها؛ وتلاقيها في خصائصها فلا يزنها بالقسط.

وليس ذلك إلا غلوا منافياً لضوابط العدالة الاجتماعية التي أرسنها المادة ٣٨ من الدستور، لتقيم عليها النظم الضريبية جميعها، وما يلحق بها من الأعباء المالية التي حددتها المادة ٢/١١٩ من الدستور. يؤيد هذا النظر، أن النصوص القانونية لا يجوز أن تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها.

وإن كان الأصل في صور الجزاء ألا تتراحم جميعها على محل واحد بما ينبو بها عن موازين الاعتدال، وألا يتعلق جزاء منها بغير الأفعال التي تتحد في خواصها وصفاتها، وبما

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٤١٦ - ٤١٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يولييه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٧ - ١٣٧٨ من الجزء الثامن.

يلانمها؛ فقد صار، باطلاً كل جزء يكون من أثره، الإخلال اعتسافاً بحقوق الملكية الثابتة لأصحابها. ويتعين بالتالى أن يوازن المشرع فيما يقدره من جزء، بين الأعمال التى يجوز أن يتصل بها، وأن يقدر لكل حال لبوسها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مثالها، بل يبتغيها أسلوباً منطقياً لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها<sup>(١)</sup>.

٤٢. كلما كان موضوع الخصومة الدستورية متعلقاً بدستورية ضريبة فرضها المشرع، فإن نصوص الدستور جميعها، سواء فى ذلك تلك التى تنظم قواها الشكلية، أو التى تتصل بأسسها الموضوعية، تعتبر مثارة فيها بحكم الاقتضاء العقلى.

٤٣. لجهة الرقابة على الدستورية - وفى مجال تحققها من دستورية الضريبة أن تباشر رقابتها على الواقعة التى أنشأتها، وأن تستظهر بالتالى حدود الصلة بين المكلفين بها؛ والمال المحمل بعينها؛ ونطاق مقدرتهم التكليفية، وأن تكون صور الدخل على اختلافها - وباعتبارها إيرادات مضافاً إلى رعوس الأموال التى أنتجت - وعاء أساسياً لها كافلاً بصفة مبدئية - عدالتها وموضوعيتها. فلا تنال الضريبة من رعوس الأموال ذاتها بما يؤول إلى تأكلها أو يحول دون تراكمها، لضمان أن يظل استخدامها فى مجال التنمية عريضاً وفاعلاً من خلال تدفق روافدها.

٤٤. ولا يجوز فى الدول الفيدرالية - وفى نطاق شرط التدفق غير المعاق للتجارة بين ولاياتها - أن تقرر إحداها معاملة ضريبية تفصيلية تؤثر بها التجارة المحلية الواقعة فى نطاق إقليمها، بما يضر بالتجارة الواقعة فيما وراء حدوده.

كما لا يجوز فى نطاق الدول الفيدرالية أن تنتصر الملطة التشريعية المركزية وراء مفهوم الضريبة الاتحادية التى يجوز لها فرضها، كى تنظم من خلالها مسائل تدخل فى الاختصاص المنفرد لولايتها.

٤٥. تحتفظ الضريبة التى تفرضها الدولة، بصفتها كمورد لها Revenue Measure، ولو كان لها جانبى تنظيمى عرضى Ancillary regulatory effect يتوخى تنظيم أعمال بذواتها بقصد

(١) الحكم السابق - ص ١٣٧٨ - من الجزء الثامن.



إرهاق نشاطها، كلما تم تحقيق أغراضها العرضية من خلال معدلها (١) Rate structure أو كان لهذه الأغراض صلة منطقية بتنفيذ قانون الضريبة (٢).

إذا لم يكن للضريبة من أغراض تتوخاها غير آثارها التنظيمية؛ فإنها تفقد صفتها كضريبة لزوال عنصر الإيراد منها. ويكفى لاعتبار الضريبة دخلاً للخرافة أن ينتج عنها إيراد للدولة أيضاً كان مقداره. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تناقش السلطة التشريعية في دوافعها لإقرار الضريبة التي فرضتها، ولا في نطاق الآثار العرضية التي حققتها للضريبة؛ طالما أن أغراضها لا تنحصر في تحقيق هذه الآثار (٣).

٤٦. لأن كانت الضريبة مصدراً لإيراد الدولة، إلا أن تعلقها بنشاط معين، يفترض تحديده بصورة جازمة، وألا ننظر إليها كتعويض عن تكلفة تحملها الدولة بمناسبة هذا النشاط. ذلك أن الضريبة في صحيح مفهومها، هي التي يفرضها المشرع في شأن الملتزمين بها الذين يدفعونها دون خطأ من جانبهم باعتبار أن مصدرها المباشر نص القانون ولا كذلك التعويض عن العمل غير المشروع، إذ يعتبر نص القانون مصدراً غير مباشر لهذا التعويض (٤).

٤٧. يفترض اختيار المشرع صوراً بذاتها من التعامل، وفرضه لضريبة على صافي أرباحها؛ تطلق هذه الأرباح بتلك الصور من التعامل دون غيرها؛ وأن يكون تحققها قائماً بها في كل أحوالها وظروفها.

ولا كذلك الضريبة التي فرضها المشرع على البيوع بالميزاد، والتي افترض بها تحقيق هذه البيوع - في كل أحوالها - فائضاً مضافاً إلى القيمة الأصلية للأموال موضوعها.

ذلك أن تلك البيوع قد تدار قضائياً أو إدارياً، فلا يكون للقائمين على إجرائها، مصلحة في اقتضاء ثمن عادل لها.

وقد يضطر أصحابها - ولو باعوها اختياراً - إلى عرضها في وقت غير ملائم، فلا يتربحون من بيعها. فإذا فرض المشرع ضريبة على بيعها غير المشر، كلهم رهاقاً بما ينال من رعوس

(١) Mc Gray V. United States 195. U. S. 27 (1904).

(٢) United States V. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

(٣) Sonzinsky V. United States, 300 U.S. 506, 514 (1937).

(٤) المقصود رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعد رقم ١٠٠ - ص ١٣٣ من الجزء الثاني.

أموالهم في ذاتها. وهو ما يخرج بالضريبة عن وظيفتها بوصفها إسهاماً منطقياً من المكلفين بها بقصد مواجهة الأعباء التي يقتضيها تسيير وتنظيم وتطوير المرافق العامة.

والقول بأن الضريبة التي فرضها المشرع على بيع بذواتها، أيسر من غيرها في مجال ربطها وتحصيلها؛ لا يقيهما -وبناء على هذا الاعتبار وحده- على أساس من الدستور<sup>(١)</sup>.

٤٨. لا يجوز للضريبة أن تدمر وعاءها من خلال فداحة عينها؛ ولا أن تنمحض عن حراء يكون هو المقصود بها، ولو تخفى في صورة الضريبة<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السادس عشر

#### الجريمة الضريبية

أولاً : تعليق حق رفعها على طلب من الجهة التي عينها المشرع

١٩٢- قد يعلق المشرع حق النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية بشأن الجريمة الضريبية على طلب يقدم إليها من الجهة التي يحددها. فإن هو فعل، كان ذلك قيداً استثنائياً على سلطتها في مجال تحريكها، ومفترضاً إجرائياً لجواز مباشرتها.

ولا يعتبر هذا القيد بالتالي عنصراً في قيام الجريمة أو توافر أركانها. بل مجرد عقبة تحول دون اتخاذ إجراء فيها ما بقي القيد قائماً. ولارتقاع هذا القيد مؤداه أن يعود إلى النيابة العامة اختصاصها كاملاً في شأن هذه الجرائم، فلا تلزم برفع الدعوى الجنائية عنها. بل تقرر -في حدود سلطتها التقديرية- تحريكها أو إهمالها.

وهذه القاعدة هي التي رددتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية التي تخول النيابة العامة دون غيرها، الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على غير ذلك. وهو ما يعني أن أصل الحق في رفعها مخول للنيابة العامة تتولاها بنفسها على ضوء وقائع الاتهام

(١) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥/١١/١٩٩٧- قاعدة رقم ١٧ -ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥/١١/١٩٩٧- قاعدة رقم ١٧ -ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

وأدلتها. لا استثناء من ذلك إلا في جرائم بذواتها يحددها القانون، ويندرج تحتها تلك التي تقتضى طبيعتها الخاصة، ألا تتخذ النيابة العامة إجراء فيها إلا بناء على طلب من الجهة التي عينها المشرع، يصدر عنها وفق ما تراه ملائماً ولوثق اتصالاً بالمصلحة التي توخاها المشرع من التجريم<sup>(١)</sup>.

١٩٣- ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على الجريمة الضريبية مقصودة لذاتها، وإنما غايتها تحقيق غرض محدد يرتبط بها، يتمثل أصلاً في صون مصلحة الخزينة العامة فسي إبطار من التفاهم بين المتحاملين بالضريبة من ناحية، والجهة الإدارية التي تقتضيها من ناحية ثانية.

ومن ثم توازن هذه الجهة بين مسؤولياتها في صون المصلحة الضريبية للدولة، وخطورة الآثار المترتبة على الإخلال بها، بما يخولها سلطة مطلقة في مجال تقدير ملائمة رفع الدعوى الجنائية عن الجريمة الضريبية أو التخلي عنها. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

١٩٤- الأصل في الجرائم الضريبية أنها جرائم مالية غايتها التخلص من الضريبة الجمركية كلها أو بعضها، ولا تعلق لها بأشخاص مرتكبيها. ولئن جاز القول بأن بعض هذه الجرائم قد يخل بالحماية اللازمة لدعم الصناعة الوطنية من خلال تطبيق النظم المعمول بها فسي شأن البضائع الممنوع استيرادها؛ إلا أن الجرائم الضريبية -وعلى تباين صورها- يتعين معاملتها وفق ضوابط حذرة يكون تطبيقها عائداً إلى الإدارة المالية ذاتها، لتزن على ضوئها، خطورة كل منها وملاستها، فلا تقام الدعوى الجنائية عنها إلا بناء على طلبها بعد تقييمها لكل حالسة على حدة<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣٥- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- ص ٥٨٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٤- ص ٥٨٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### ثانياً: التصالح فيها

١٩٥- قد يجيز المشرع الصلح في بعض الجرائم الضريبية، كجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها أو الشروع فيه، أو حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بتهريبها. فإذا جعل المشرع لهذا الصلح أثراً وجوبياً يتمثل في مصادرة البضائع المضبوطة في تلك الجرائم، وأثراً جوازياً يخول الجهة الإدارية وفق سلطتها التقديرية، الحق في مصادرة وسائل نقلها ومواد تهريبها؛ فإن المصادرة في الحالتين لا تمتد إلى إرادتين تلاقياً على الصلح فيما بينهما<sup>(١)</sup>. بل تنسم المصادرة الجوازية بقرار منفرد تصدره الجهة الإدارية. كذلك تقع المصادرة الوجوبية بناء على نص في القانون، بما يحتم إنفاذ أثرها ولو خلا عقد الصلح منها، بل ولو أسقطها هذا العقد لنزول الجهة الإدارية عنها.

وفضلاً عما تقدم، فإن المصادرة في صورتها الوجوبية والجوازية، لا تقع بناء على حكم قضائي بالمخالفة لنص المادة ٣٦ من الدستور. ذلك أن عدم رد البضائع التي تم ضبطها إلى أصحابها، مواءم أن تدل الدولة محلهم في ملكيتها، وأن تؤول إليها هذه البضائع بغير مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها.

وإذ كانت المصادرة التي أجراها المشرع -كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية- لا تعتبر تدبيراً احترازياً يتصل بأشياء يعتبر استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها في ذاته، جريمة معاقبا عليها *a crime of which without more, constitutes a crime*. فإن عدم رد هذه البضائع إلى أصحابها يعتبر عقاباً جنائياً لقيام صلة بين مصادرتها وبين الجريمة التي تم ارتكابها. وهي بعد عقوبة عينية ترد على أموال بنواتها تتمثل في بضائع تم ضبطها اتصالاً بتهريبها، وكان ينبغي بالتالي أن يصدر بها حكم قضائي<sup>(٢)</sup>.

يؤيد هذا النظر أن الدستور، وإن حظر بنص المادة ٣٦ مطلق المصادرة العامة، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، سواء كانت هذه المصادرة عقاباً جنائياً، أم كانت جراء مدنيها ميناء مخالفة النظم الحمركية المعمول بها؛ فإن توقيفها يجب أن يتم من خلال حق التفاضل صوناً

(١) الحكم السابق ص ٥٩٠ - ٥٩٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

لحقوق الملكية التي تصيبها المصادرة. فلا يتم الفصل في هذه الحقوق -سواء بإثباتها أو نفيها- إلا على ضوء نظرة محايدة تحيطها، ووفق مقاييس وضوابط حددها المشرع سلفاً<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر نسق ص ٥٩٣ - ٥٩٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الخامس

#### الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري

١٩٦- وتحدد المحكمة الدستورية العليا القواعد التي تحكم مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها التشريعية، سواء في ذلك ما اتفق منها وطبيعة وظائفها، أو ما خرج عن النطاق الطبيعي لولايتها. وهي تحدد كذلك ماهية قراراتها الفردية؛ ونطاق تدخلها فسي المرافق التي تنشئها؛ وخصائص العقود الإدارية التي تدخل فيها للوفاء باحتياجاتها. وتستظهر فضلا عما تقدم، حقيقة الروابط القانونية بين هذه المرافق وعمالها، وتقيم لها ضوابطها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

#### المطلب الأول

##### مباشرة الإدارة لسلطاتها اللاتحبة

١٩٧- تباشر السلطة التنفيذية اختصاص إصدار تشريعات لائحية، إما بصفة أصلية فيما يتفق وطبيعة وظائفها، كأصدارها اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين؛ وإما بصفة استثنائية خرج فيها عن النطاق الطبيعي لوظائفها، مثلما هو الحال في اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة.

ذلك أن اختصاصها بإصدار هذين النوعين من اللوائح اللتين تباشر من خلالهما سلطة تشريعية استثنائية، مرددا إلى قواعد الدستور ذاتها في الحدود الضيقة التي أذن بها.

#### الفرع الأول

##### اللوائح التنفيذية

١٩٨- تصدر هذه اللوائح وفقا لنص المادة ١٤٤ من الدستور، والقاعدة فيها أنها تفصل ما ورد إجمالا في نصوص القانون، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها<sup>(١)</sup>. ولا يعد من قبيل هذه اللوائح، تفويض رئيس الجمهورية في أن يخضع للضريبة سلعاً غير التي اشتمل عليها الجدول المرافق لقانونها، أو أن يزيد فئاتها بما يعدل من نطاق سريان أحكامها ويحور بنياتها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٧؛

- ص ٧١٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يختص بإصدار اللوائح التنفيذية -وعملاً بنص المادة ١٤٤ من الدستور- غير رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك، أو من يعينه القانون لإصدارها. وكلما عهد القانون إلى جهة بذاتها بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، فإن هذه الجهة دون غيرها هي التي تستقل بإصدارها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### اللوائح التفويضية

١٩٩- لرئيس الجمهورية -عملاً بنص المادة ١٠٨ من الدستور- أن يصدر قرارات لها قوة القانون فيما فوض فيه من المسائل التي عهدت إليه السلطة التشريعية بتنظيمها، وذلك في إطار ضابط عام، هو ألا يكون من شأن هذا التفويض، نقل الولاية التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية. ذلك أن تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها، أو نزولها عن جزء هام منها لجهة أخرى تنبئها عنها في مباشرتها؛ يفقدها صفتها التمثيلية، ويقربها من السلطة التنفيذية إلى حد اندماجها معها، ويغيد كذلك خروجها على الدستور من خلال عزوفها عن مباشرة اختصاص نيط بها وفقاً لأحكامه.

وفي إطار هذا الضابط العام لا يجوز التفويض إلا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبشرط أن توافق السلطة التشريعية على قانون التفويض بأغلبية ثلثي أعضائها لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تفريط فيها. وعلى السلطة التشريعية كذلك، أن تحدد بنفسها في قانون التفويض نطاق المسائل المفوض فيها، وأسس تنظيمها بصورة قاطعة ينصم بها جمل حول مضمونها وضوابط تنظيمها. ويشترط دوماً أن يكون التفويض موقوتاً بزمن معين لا يجاوز، سواء كانت مدة التفويض محددة سلفاً، أو قابلة للتحديد من خلال عناصر تيسر ضبطها. وذلك حتى لا تتحول الولاية التشريعية الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة جامحة منفلتة من عقائها.

(١) "دستورية عليا" الفصية رقم ١٨ نسة ٨ قصائية دستورية -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٣ ص

٢٥٢ وما بعده من الجزء الثامن

(٢) "دستورية عليا" الفصية رقم ٥ لسة ٥ ق "دستورية" -جلسة ١٧ مايو ١٩٨٦- قاعدة رقم ٤٩ ص ٣٢٥ وما

بعدها من الجزء الثالث.

ولا تمارس السلطة التنفيذية التفويض الصادر لها من السلطة التشريعية بعيداً عن رقابتها. ذلك أن الدستور أزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية، التدابير التي اتخذتها بناء على قانون التفويض، على أن يتم ذلك في أول جلسة تدعى السلطة التشريعية إليها بعد انتهاء مدة التفويض. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية عليها خلال هذا الميعاد تلك التدابير، أو عرضها، ولكن السلطة التشريعية لم تقرها، زال بأثر رجعي ما كُن لها من قوة القانون. بما مؤداه:

أولاً: أن التفويض الصادر عن السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية مقيد بالحدود الضيقة التي تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضاً، وعند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية التي تقتضي تدابير ملحة. ومن ثم يتقيد اختصاص رئيس الجمهورية -وعلى الأخص- بقيدين رئيسين:

أولهما: أن التفويض لا يصدر إلا لتنظيم موضوع معين، وبشرط أن يحيط بالأمس التسي يقوم عليها هذا التنظيم.

ثانيهما: أن رئيس الجمهورية لا يباشر الاختصاص المفوض فيه، إلا خلال الفترة التي يبينها قانون التفويض بصورة صريحة أو ضمنية.

فإذا خلا قانون التفويض من بيانها، وقع التفويض باطلاً لصدوره بالمخالفة للدستور (١).

### الفرع الثالث

#### لوائح الضرورة

٢٠٠- حدد الدستور لكل سلطة وظائفها الأصلية، وبين كذلك ما تباشره من مهام لا تدخل في نطاق وظائفها هذه، وإنما تخرج عن المجال الطبيعي لنشاطها.

وهذه الأعمال الاستثنائية -والعرضية بطبيعتها- هي التي فصل الدستور أحكامها لصمان مباشرتها في إطار القيود التي أحاطها بها. ذلك أن فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وأن توخى أن تتولى كلا منها المهام التي اختصها الدستور بها بحكم تعلقها بالمجال الطبيعي

(١) «قصة رقم ٢٥ لسنة ٨ هـ» ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٥ - ص ٢٢٨، ٢٢٩ - مصر المحند الأول من الجزء الخامس؛ والقصة رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية «تسوية» - طلبة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٢٩ - ٤٣٠ من الجزء السابع.



لوظيفتها، إلا أن هذا الفصل يضمن أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام في إقليمها، إزاء المخاطر التي قد تواجهها فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها، ولو لم تكن هذه المخاطر مادية في طبيعتها، بل كانت من طبيعة قانونية تقتضيها ضرورة إيفاء الدولة لالتزاماتها الحالة التي أنشأتها معاهدة دولية تعد طرفاً فيها .

وعلى ضوء هذه المخاطر، وبالنظر إلى عواقبها، وبمراعاة حديثها - وهي مخاطر لا يشترط فيها أن تكون الأضرار التي تقارنها قاطعة في وضوحها، وإنما يكفي أن تلوح نذرها وأن تتخذ بالتالي شكل إرهابي بهذه المخاطر - خول الدستور رئيس الجمهورية أن يتخذ لتوقيها أو لردّها على أعقابها أو لتقليص آثارها، تدابير عاجلة تناسبها.

وتلك هي حالة الضرورة التي يقوم بها مناط تطبيق نص المادة ١٤٧ من الدستور. وهي حالة تبسط عليها المحكمة الدستورية العليا رقابتها، للتحقق من وجودها أو من تخلفها. فإذا قام الدليل لديها على وجودها، كان عليها أن تنتظر كذلك في نوع ونطاق التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهتها، كي تفصل في ملائمة هذه التدابير لإنهاء المخاطر أو تخفيفها، حتى لا تتحول الرخصة التشريعية الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة مطلقة كاملة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انفلاتها<sup>(١)</sup>.

(١) 'دستورية عليا' - القصية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٨ - ٢٩٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### المطلب الثاني

#### نطاق مريان اللوائح وأثره على الشرعية الدستورية

### الفرع الأول

#### القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا

٢٠١- لا تعد اللائحة قرارا إداريا تنظيما إذا اتصل تطبيقها بمجال القانون الخاص، ولو كانت الجهة التي أصدرتها من أشخاص القانون العام.

كذلك تتحدد أوضاع أو مراكز العاملين في الدولة، على ضوء الدائرة التي تنظمها أصلا. فإذا كان القانون الخاص يحكمها في عموم قواعده، كان هذا القانون محورها، وقاعدة بنيانها، ولو تدخل المشرع بقواعد قانونية أمره لتنظيم بعض جوانبها.

بما مؤده أن كل تنظيم للعلاق القانونية في دائرة بذاتها، لا يجوز أن يكون مجافيا لحقيقتها، بل يتعين دوما الرجوع إلى الأصل فيها، وأن ينظر إليها بافتراض انساقها مع هذا الأصل<sup>(١)</sup>.

وكلما دخل مضمون هذه العلائق في منطقة القانون العام، وقام تنظيمها على قواعد مجودة أصدرتها السلطة التنفيذية، توافر مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورتها.

ولا كذلك ما يصدر عن أحد أشخاص القانون الخاص من قرارات في شأن من الشؤون التي ينظمها هذا القانون، كالقرارات التي تصدرها البنوك التجارية في إدارتها لشئونها المصرفية<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن القرار الصادر عن شركة مساهمة في نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التي تملكها في إدارتها لشئونها، يظل واقعا في منطقة القانون الخاص؛ ولا يعتبر بالتالي قرارا إداريا

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٠٦ لسنة ١٠ قضائية دستورية - جلسة ٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٧ - ص ٩٨٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ١٩ قضائية دستورية - جلسة فبراير ١٩٩٨ - مقتضى رقم ٨٢ - ص ١١٢٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٢٣٠ من الجزء السابع.

-فرديا أو تنظيمياً- ولو كان المشرع قد ضبط بعض نواحي نشاطها بقواعد أمره لا بجهاز الخروج عليها<sup>(١)</sup>.

والأصل في القرارات الإدارية -فردية كانت أم تنظيمية- هو صدورها عن الجهة التي اختصها المشرع أو الدستور بإصدارها؛ واستيفائها للأوضاع الشكلية المنطلبة فيها؛ ومطابقتها في محلها للقانون؛ وبراعتها في بواعثها مما يحرفها عن أغراضها.

ذلك أن تنكبيها عن المصلحة العامة؛ أو مجاوزتها أغراضا بذواتها رصدها المشرع عليها. مؤداة جواز النعي عليها بمجاوزة السلطة. ويعتبر ذلك عيبا غائيا أو قصديا لا يفترض، إذ هو وثيق الصلة بحقيقة الأغراض التي توختها الإدارة من وراء إصدارها القرار المطعون فيه، ويتعين بالتالي أن يقوم الدليل عليه نقيا من عيون الأوراق ذاتها<sup>(٢)</sup>.

ولا شأن للرقابة القضائية التي مباشرها المحكمة الدستورية العليا على الشرعية الدستورية، بالقرارات الإدارية الفردية مهما بلغ خطرها، أو درجة انحرافها عن حكم الدستور، أو خروجها على قواعده.

ذلك أن قراراتها هذه لا تتولد عنها غير مراكز خاصة يقتصر أثرها على أشخاص معينين بذواتهم. ولا شأن لها بالتالي بذلك المركز العام الذي يتولد عن القانون بمعناه الموضوعي<sup>(٣)</sup>.

وإذ نقضى محاكم مجلس الدولة بقبول أو برفض طلب مقدم إليها في شأن وقف تنفيذ قرار مطعون فيه أمامها، فإن حكمها في ذلك يفيد بالضرورة فصلها في المسائل الفرعية التي لا يستقيم

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٥ -ص ٥٩٥ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "طلبات أعضاء" - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٩/١، ١٠ -ص ٤٤٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥ من ٥٢ و ٥٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. ولا تعتبر بالتالي من قبيل النصوص القانونية قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة التي تضمنها المحكمة الواحدة -أيأ كل نوعها أو درجتها- والتي تصدر عن جميعتها العامة عملا بنص المادة ٣٠ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن هذه القرارات لا تعتبر تشريعا أصليا أو فرعيا سواء بالنظر إلى مضمونها أو الآثار التي ترتبها، بل تتولد عنها مراكز ذاتية تخص القضية التي تم توزيع العمل القضائي فيما بينهم تنظيميا لسواء.

"دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ -القاعدة رقم ٢٩ -ص ٢٨٣ من الجزء السادس.

نظر هذا الطلب بغير الخوض فيها؛ كذلك المتعلقة باختصاصها ولائيا ونوعيا بالفصل في خصومة إلغاء هذا القرار المطروحة عليها؛ وكذلك في توافر شروط قبولها أو انتقائها، فلا يكون وقفها تنفيذ القرار المطعون فيه، إلا قضاء ضمينا باختصاصها بالغائه<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### امتناع تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية

٢٠٢- وينبغي أن يلاحظ أن القرارات الإدارية جميعها -الفردية منها والتتظيمية- لا يجوز تحصينها من رقابة القضاء، سواء تعلق الأمر بالغائها أو بالتعويض عنها:

أ. فالقرار بقانون الصادر عن رئيس الجمهورية بإعادة تعيين أعضاء السلكن الدبلوماسي والقنصلي في مصر وسوريا، وتحديد أقيمتهم على أن يكون ترتيبهم فيما بينهم نهائيا، وغير قابل للطعن، يناقض حق هؤلاء في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، وفي تساويهم مع غيرهم من العاملين أمام القانون، بالمخالفة للمادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

ب. وما قرره القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببعض الشركات القائمة، من تخويل لجان التقييم التي نص عليها، حق تحديد أسعار أسهم بعض الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون، توصلنا لتحديد قيمة التعويض المستحق قانونا لأصحابها مقابل أيلولة ملكية أسهمهم إلى الدولة، مؤداه أنها من اللجان الإدارية -لا القضائية- فلا يجوز تحصين قراراتها من الطعن عليها أمام جهة القضاء المختصة بالفصل فيها<sup>(٣)</sup>.

ج- أن مجلس الدولة كهيئة قضائية لها استقلالها، صار بمقتضى نص المادة ١٧٢ من الدستور مختصا بولاية الفصل في المنازعات الإدارية جميعها باعتبارها قاضيا الأصيل، فلا تباشر جهة أخرى بعض جوانبها إلا في حدود ضيقة؛ وبصفة استثنائية تكون الضرورة في

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ قضائية "تنازع" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٥ ص ٩١٨ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ١٧ - جلسة ٥ يناير ١٩٨٥ ص ١٠٢ ومعدا من الجزء الثالث من أحكام المحكمة.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٧ لسنة ٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٦/٢/١٩٨٥ -قاعدة رقم ٢٣ ص ١٤٥ وما معدا من الجزء الثالث.

صورتها الملجنة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في أوتق رولبطها- مقطوع بها؛ وفي إطار قانون صادر عن السلطة التشريعية إعمالا للتفويض المخول لها بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها<sup>(١)</sup>.

إذ كان كذلك؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال إنما يشكل خصومة قضائية تدور بين السلطة التنفيذية في شأن تدابير الاعتقال التي اتخذتها من جهة؛ وبين المعتقل أو غيره الذي يتظلم من أمر الاعتقال طعنا عليه على أساس عدم مشروعيته من جهة أخرى؛ وكان المشرع قد اختص محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" دون غيرها بالنظر في أمر الاعتقال فضلا في التظلم منه؛ وكان المشرع قد كفل للمعتقل كل ضمانات قضائية يقتضيها إيداء دفاعه وسماع أقواله؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال واقعا أمام جهة قضائية تفصل في خصومة التظلم بمقتضى قرار يصدر خلال أجل محدد على أن يكون مسببا؛ وكان رفض تظلمه يخوله الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضت ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم؛ فإن محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" تكون هي الجهة التي اختصاصها المشرع بالفصل في التظلم باعتبارها قاضيه الطبيعي. وهي تفصل فيه فضلا قضائيا لا بحسن أمر الاعتقال -وباعتبارها قرارا إداريا- من رقابة القضاء..

ومن ثم لا يكون إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى غير محاكم مجلس الدولة لضرورة قدرها المشرع، مخالفا لنص المادتين ٨٦ و ١٧٢ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١٨ قضائية تنازع- جلسة ١٢/٦/١٩٩٧ ص ١٥٣٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

أنظر كذلك القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ إبريل ١٩٩٩ -قاعدة رقم ٣٠ ص ٢٤٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ -قاعدة رقم ٨٣ ص ٧١٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ ق "دستورية" - جلسة ١٦ يونيه ١٩٨٤ قاعدة رقم ١٤ ص ٨٠ وما بعدها من الجزء الثالث.

ويلاحظ كذلك أن الأزرعة التي يدور موضوعها حول ما يصدر في شأن طلاب المعاهد العسكرية من قرارات إدارية -سواء ما اتصل منها بتحصيلهم الدراسي أو ما تعلق بامتحاناتهم- تتماثل في طبيعتها وتندرج في جوهرها مع الأزرعة الإدارية الخاصة بأقرانهم من طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم أو الخاضعة لإشرافها؛ ولا يجوز بالتالي أن يخرجها المشرع من اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر إلى دخولها أصلاً في ولايتها باعتبارها قاضيها الطبيعي. ويتعين بالتالي أن تحكمها قواعد موحدة لا تقتصر في النظائر تخالفها فيما بينها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة

٢٠٣- تتدخل الإدارة لإشباع مصالح مواطنيها من خلال المرافق العامة التي تنشئها وتبسط إشرافها عليها. وتتوزع هذه المرافق في صور نشاطها والأغراض التي تستهدفها وتظل المرافق العامة مع تعددها وتباين صور نشاطها، واختلافها في أهدافها، محكومة بذات القواعد التي تفصل جوهر أحكامها سواء تعلق الأمر بمفهوم المرفق العام؛ أم بالعقود التي يدخل المرفق فيها لتحقيق الأغراض التي يقوم عليها، أو بالقواعد التي تنظم شؤون العاملين فيها. وفي تفصيل ذلك:

### الفرع الأول

#### المرافق العامة من حيث ماهيتها

٢٠٤- من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن المرافق العامة إنما تتوخى إشباع أغراض بذواتها تقتضيها خصائص نشاطها التي تقدر معها الجهة التي أنشأتها -سواء أكان تقديرها صائباً أو مخطئاً- أن أشخاص القانون الخاص لا يقومون على مباشرة الأعمال التي تنهض بها، أو ينفرون منها، أو قد يديرونها وفق نظم لا تلائمها. ومن ثم تقرر هذه الجهة -وهي بالضرورة من أشخاص القانون العام- تنظيمها بما يكفل سريان نظام قانوني خاص عليها، سواء

(١) القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١ قضائية دستورية -جلسة ٩/٩/٢٠٠٠- قاعدة رقم ٨٣ -ص ٧٢١ - ٧٢٢ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ويلاحظ أن النص الذي أخرج هذه المزعزعات من اختصاص محاكم مجلس الدولة، هو نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣ الذي أسد العسل فيها إلى لجنة ضباط القوات المسلحة -دون غيرها- مسعفة هيئة قضائية.

فى شأن علاقتها بالعاملين فيها؛ أو على صعيد عقودها؛ أو قواعد مسئولياتها؛ أو طرق محاسبتها، أو الجهة القضائية التى تتفرد بالفصل فى منازعتها.

وكلما تعلق الأمر بأموال هذه المرافق، فإن إداراتها تغاير أوضاع الدومين الخاص، وطوق تنظيمها. ذلك أن ماليتها تضبطها معايير جامدة تحول دون مجاوزة تقديراتها، أو استخدامها فى غير الأغراض المرصودة عليها.

وما تقدم مؤداه، أن مفهوم المرفق العام، إنما يتحدد أصلاً بالنظر إلى طبيعة الأعمال التى يتولاها la notion matérielle، سواء أكان الانتفاع بها حقاً للمواطنين فى مجموعهم، أم كان مقصوراً على بعضهم.

ويقترض وجود هذا المرفق، عدداً من العناصر، أرجحها أن الأعمال التى ينهض المرفق بها، ينبغي أن تتصل جميعها -من جهة غايتها- بالمصلحة العامة؛ وأن يكون إشباعها مكفولاً أصلاً من خلال وسائل القانون العام les procédés de droit public؛ ومقتضياً تدخلاً من أحد أشخاص هذا القانون، سواء قام عليها ابتداءً، أو عهد بها إلى غيره.

بيد أن شرط المصلحة العامة، وإن كان كامناً فى فكرة المرفق العام، ويعتبر مفترضاً أولياً لوجوده، إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. ذلك أن المشروع قد يكون اقتصادياً متوخياً إشباع أغراض لها صلة وتقى بهذه المصلحة، ولا يعتبر مع هذا مرفقاً عاماً. وإنما يكون المشروع كذلك إذا استهدفها، وكان تحقيقها قد تم من خلال تدخل أحد أشخاص القانون العام إيجابياً فى الشؤون التى يقوم عليها، وليس لازماً أن يكون هذا التدخل عن طريق الاستغلال المباشر.

وإعمال هذه العناصر على ضوء القضاء المقارن، يؤكد إطراده على أن الأعمال التى تقصد اتصالها بالمصلحة العامة Etrangée à l'intérêt public وكذلك تلك التى تكون ربحيتها le but lucratif غرضاً مقصوداً أصلاً من مباشرتها، لا تعتبر مرفقاً عاماً، على تقدير أن هذه المرافق لا تباشر نشاطها أصلاً إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام.

وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأن من الأفضل التركيز على لجونها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاه من الأعمال؛ فإن إدارة أموال الدومين الخاص la gestion domaniales تظل نائية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه

الأموال مشبهة -فى خصائصها ونظامها القانونى- بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلاً إلا بوسائل القانون الخاص التى تلتزم أغراض استخدامها واستثمارها.

وما تقدم مؤداه، أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التى يباشرها l'objet de service؛ ومردودها Rentabilité؛ ونظم إدارتها Fonctionnement، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا المرفق le sens matériel ou objectif إنما يتصل بطبيعة الأعمال التى يؤديها، ولا يجوز بالتالى أن يختلط بالجهة التى تقوم على إدارتها le sens organique ou formel فقد تكون شخصاً عاماً، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثانى

#### سلطة المرافق العامة فى توقيم الحجز الإدارى

##### لاقتضاء حقوقها

٢٠٥- تتوخى القواعد التى تضمنها قانون الحجز الإدارى، أن تكون بيد أشخاص القانون العام وسائل ميسرة تمكنها من تحصيل حقوقها -وعلى الأخص تلك التى تقابل أعمالاً بذلتها أو تدابير اتخذتها- فلا يتقيد اقتضاؤها جبراً عن مدينيتها بالقواعد التى فصلها قانون المرافق المبدئية والتجارية فى شأن التنفيذ الجبرى. وإنما تعتبر استثناء منها، وامتيازاً مقررراً لصحتها يجعلها دائماً فى مركز المدعى عليه. ذلك أن قرار جهة الإدارة بإسناد ديون تدعيها إلى آخرين، يفيد أن قولها بوجودها وتحديد لها لمقدارها، يعتبر سنداً تنفيذياً بها، يغنيها عن اللجوء إلى القضاء لإثباتها.

فلا يبقى مركزها مساوياً لمركز مدينيتها، بل يكون قرارها بالحقوق التى تطلبها منهم، سابقاً على التلكيل عليها من جهتها Du privilège préalable، وناقلاً إليهم مهمة نعيها.

ونقتضى الطبيعة الاستثنائية لقواعد الحجز الإدارى، أن يكون نطاق تطبيقها مرتبطاً بأهدافها، ومتصلاً بتسيير جهة الإدارة لمرافقها.

(١) دستورية علنا -التقصية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية دستورية- جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -الساعة رقم ٩٨- ص ١٣١١ و ١٣١٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.



فلا يجوز نقل هذه القواعد إلى غير مجالها، ولا إلباسها ثوباً مجافياً لحقيقتها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن الديون التي تدعيها تعامل بافتراض ثبوتها في حق من تراهم ملتزمين بها أو مسؤولين عنها.

وإذا جاز هذا الافتراض في شأن ديون تطلبها جهة الإدارة لنفسها، وتقتضيها بوسائل استثنائية في طبيعتها، تجاوز بها ما يكون مألوفاً من صور التعامل في علائق الأفراد بعضهم ببعض، إلا أن بسطها وتقرير سريانها في شأن ما ينشأ عن العمليات المصرفية التي تباشرها البنوك من ديون تدعيها قبل عملاتها -والأصل فيها التحوط لأدلتها، وتبينتها وتوثيقها؛ وتكافؤ أطرافها في مجال إثباتها ونفيها- مؤداه إلحاق نشاطها -في هذا النطاق- بالأعمال التي ينهض عليها المرفق العام؛ واعتبارها من جنسها. وإخضاع تحصيل الديون التي تطلبها من عملاتها -ودون مقتضى- لقواعد تنافي بصرامتها، مرونة عملياتها وتجارتها، واطمئنان عملاتها إليها فيما يحصلون عليه من لثمان منها.

ذلك أن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام، تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار، وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها.

وأعمالها هذه -وبالنظر إلى طبيعتها- تخضعها لقواعد القانون الخاص. وهي تباشرها بوسائل هذا القانون، ولو كان رأس مالها مملوكاً -كليا أو جزئياً- للدولة.

إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها، وموضوع نشاطها؛ ولا بطرائقها فسي تسييره. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها غرضاً نهائياً تتغاه، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### جواز الحجز على أموال المرافق العامة

٢٠٦- تعتبر أموال المدين جميعها ضماناً للوفاء بديونه. والدائنون متكافئون فسي هذا الضمان، إلا أن من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. وللدائن بالتالي أن يتخذ في شأن أموال مدبته، الطرق التحفظية والتنفيذية اللازمة لاقتضاء حقوقه منها. ولئن كان المشرع قد جرى أحياناً

(١) الحكم السابق من ١٣١٣-١٣١٤ من الحكم السابق.

على استثناء بعض الأموال من الحجز عليها، كتقريره عدم جواز الحجز على أدوات المرفق العام اللازمة لسيره لزوماً حتمياً، إلا أن هذا الاستثناء يظل منحصراً في دائرته الضيقة، ومقيّداً بدوافعه.

ولا يجوز بالتالي أن يمتد إلى غير الأموال التي تعلق بها، ولو كانت الاعتبارات التي وجهته في حالة بذاتها، متوافرة في حالة أخرى لا نص عليها.

إذ كان ما تقدم، وكان المشرع -تقديراً منه لأهمية دور بعض الهيئات ذات النفع في مجال رعاية النشء وتنمية ملكاته، وتأهيله للنهوض بمسئوليته، وتحمل تبعاتها في سبيل الارتقاء بأمته ودعم مكانتها في أكثر الميادين أهمية- قد خوّل على هذه الهيئات -ومن أجل تمكينها من مباشرة أغراضها- جانباً من خصائص السلطة العامة؛ وكان الأصل في هذه الهيئات أنها تباشر نشاطها بوصفها من أشخاص القانون الخاص، ملتزمة في إدارتها لشئونها بوسائل هذا القانون؛ فإن ما يتمتع به من امتيازات السلطة العامة، لا يدمجها في أشخاص القانون العام؛ ولا يجعلها جزءاً من تنظيماتها.

وما كان المشرع ليجردها من مزاوله بعض مظاهر السلطة العامة اللازمة لمباشرة نشاطها وإلا حل بينها وبين أداء رسالتها؛ وكان المشرع قد كشف كذلك عن حقيقة هذه الهيئات فاعتبرها من الهيئات الخاصة؛ فإن أموالها -وبالضرورة- تكون من الأموال الخاصة التي يجوز -في الأصل- الحجز عليها واقتضاء الحقوق منها.

وما قرره المشرع من أن أموال هذه الهيئات تعتبر من الأموال العامة؛ في تطبيق أحكام قانون العقوبات، يدل لزوماً على أن أموالها لا تندرج أصلاً تحت الأموال العامة، وإنما أحقها المشرع مجازاً بها، واعتبرها حكماً جزءاً منها، في مجال تطبيق النصوص العقابية التي فرضها لحماية الأموال العامة، متوخياً بذلك صون أموال هذه الهيئات من العبث بها وإحكام الرقابة عليها، وزجر المتلاعبين فيها، مع بقائها -في غير هذا المجال- من الأموال الخاصة التي يجوز للدائن اقتضاء حقه منها، حال الامتناع عن الوفاء به اختياراً<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قسائية دستورية- جلسة ٣ أبريل ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### الفروع الرابع

#### العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة

٢٠٧- تتصل العقود الإدارية بنشاط المرافق العامة في مجال تسييرها أو تنظيمها أو تطويرها. بيد أن المحكمة الدستورية العليا، تركز على وسائل القانون العام في مجال تحديدّها لفواصل التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص التي تدخل الإدارة فيها. ذلك أن الإدارة لا تبرم العقود الإدارية وفق الأوضاع ذاتها التي يرتضيها المتعاقدون في عقود القانون الخاص. ولكنها تظهر في العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة. وهي تفصح عن سلطتها هذه من خلال تضمينها العقد شروطاً استثنائية لا يألّفها الأفراد فيما يدخلون فيه من روابط القانون الخاص، تقدّيراً بأن هذه الشروط هي التي تؤكد بها جهة الإدارة انتهاجها لوسائل القانون العام التي تبلور بذواتها خصائص السلطة العامة وامتيازاتها، فلا يكتفى مركزها بعد الجوء إليها- مع المتعاقدين معها<sup>(١)</sup>.

٢٠٨- وتردد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن الأصل في العقود هو طبيعتها المدنية التي لا يجوز الخروج عليها إلا في الأحوال الاستثنائية التي تفصح بها جهة الإدارة عن نيّتها في انتهاج وسائل القانون العام في شأن العقود التي تبرمها، وعلى الأخص من خلال امتيازاتها التي تباشرها قبل المتعاقد معها، أو عن طريق تخويلها هذا المتعاقد جانباً من سلطاتها لاستخدامها في تسيير وتنظيم مرفق عام كان ينبغي أن تقوم أصلاً عليه.

فلا تكون هذه الوسائل الاستثنائية في طبيعتها، إلا تعبيراً عن خصائص السلطة العامة التي لا تنكأ معها في العقود مصالح أطرافها، بل تكون المصلحة العامة مدخلها وغايتها، وبها ترجح الحقوق التي تقارنها أو تتصل بها، على ما سواها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "تنزع" - جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٤ - ص ١٥١٣ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "تنزع" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٥ - ص ١٥٢١ من الجزء الثامن.

الفرع الخامس  
عمال المرافق العامة  
أولاً:

ضوابط شغل الوظيفة و ضماناتها

٢٠٩- يعتبر الحق في العمل منخلاً إلى تولى الوظيفة. ومن ثم حرص الدستور على ضمان هذا الحق باعتباره وثيق الصلة بالحق في الحياة، وبضرورة صون الحرية الشخصية من القيود التي ترهقها دون مقتض؛ ويتكامل الشخصية وبتاميمها؛ وبالقيم الخلقية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي، وبحق الناس جميعهم في تطوير الجماعة التي يعيشونها وإثراء ملامحها.

ولا يجوز بالتالي التمييز في مجال شروط مباشرة العمل إلا وفق الضرورة التي تقتضيها الضوابط الموضوعية اللازمة لتنظيمه، وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بينتها. ذلك أن شروط أداء العمل، لا يجوز انتزاعها من محيطها، ولا تحريفها عن أهدافها.

واعتماد العمل حقاً وفقاً لنص المادة ١٣ من الدستور، مؤداه أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، بها ينهض سواها على قديمه، ولا يتصور وجوده في غيبتها.

ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها، وهي بعد شروط موضوعية يعتد بها في تقدير أجر العمل، وكذلك في تحديد الأحق بالحصول على المزايا التي يرتبها، وأشكال حمايتها، ووسائل اقتضاها<sup>(١)</sup>.

ويعتبر من مزايا العمل وسواء تعلق بنشاط مباشره مرفق عام، أم كان واقعاً في منطقة القانون الخاص، ما تقيمه بعض الجهات لموظفيها أو عمالها من مساكن يأوون إليها، كي توفر بها ظروف أفضل لأداء ما نيظ بهم من أعمال.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص ١٢٩٠ - ١٢٩٢ من الجزء الثامن.

فلا يشغلها هؤلاء بعد انقطاع صلتهم بجهة عملهم، وزوال حقهم في الأجر. وإنما يكون لها أن تتسلمها منهم، حتى توفرها لعمال آخرين ينهضون بالأعمال ذاتها أو يغيروها، فلا تتعثر خطاها.

وما ذلك إلا استصحابا لأصل مقرر في شأن روابط العمل مؤداة أنها غير مؤبدة بطبيعتها، وأن مآلها بالتالي إلى زوال؛ إما باستكمال الأعمال موضوعها، أو بانتفاء المدة المحددة لإتمامها.

فلا يبقى بعد انتهاء رابطة العمل الحقوق التي أُنْتُجَتْها، ولا المزاي التي كُفِّلَتْها، ويندرج تحتها أماكن دبرتها جهة العمل لسكنى عمالها، فلا يستقيم بقاؤهم فيها بعد انتهاء عملهم.

ذلك أن انتهاء عقد العمل يفيد بالضرورة انقضاء الحق في الأجر بكل العناصر التي يشتمل عليها، والتي يندرج تحتها تخصيص جهة العمل مساكن لعمالها، بما يحول دون احتفاظهم بها بعد انتهاء خدمتهم. لا تمييز بينهم في ذلك، إذ تنتظمهم جميعا للقواعد ذاتها والأسس عينها، فلا تتباين تطبيقاتها، بل تتحد ضوابطها<sup>(١)</sup>.

### ثانيا

#### بين الترقية بالاختيار والترقية بالأقدمية

٢١٠- كذلك، فإن الأصل أن يكون لكل وظيفة حقوقها وواجباتها، فلا تقابل مزايها بغير مسؤولية، ولا يكون وصفها وترتيبها، منفصلا عن متطلباتها التي تكفل للمرافق حيويتها وأطواد تنمها، وقابلية نظمها للتعديل وفق أسس علمية قولها التخطيط المرن وحرية التعبير.

فلا تتعثر أعمال الوحدة الاقتصادية أو الإدارية أو تفقد اتصال حلقاتها ببعض، أو تدرجها فيما بينها.

بما مؤداة أن لكل وظيفة تبعاتها، فلا يشغلها إلا من يستحقها على ضوء طبيعة الأعمال التي تدخل فيها، والمهارة والخبرة اللازمة لها.

(١) "دستورية عليا" - القصة رقم ٩٥ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٨٩٥

- ٨٩٩ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون التعيين فى وظيفة بذاتها، أو الترقية منها إلى ما يطوها، مجرد تطبيق حرفى لمقاييس صماء، لا تأخذ فى اعتبارها خصائص كل وظيفة ومرتبته، والحد الأدنى للتأهيل لها، وغير ذلك من مقوماتها الموضوعية<sup>(١)</sup>.

وتتمثل الترقية بالاختيار فى مفاهيم الدول المتحضرة، انحيازاً إلى الإصلاح والأكثر عطاء.

ومن ثم تعتبر أسلوباً ملائماً لتولى مهام أعمال بعينها، تكون بالنظر إلى أهميتها وموقعها من الهيكل التنظيمى للوحدة الاقتصادية أو الإدارية، مؤثرة إلى حد كبير فى نشاطها، وتحقيق الأغراض التى تقوم عليها.

ولا يجوز بالتالى أن يعهد بهذه الأعمال لغير من يؤدونها بحققها من خلال جهد خلاق يتفاعل مع مسؤولياتها؛ ويقابل بالتحليل الموضوعى ما يطرأ فى العمل من مشكلاتها.

وعلى سلطة التعيين أن تفاضل بين المترشحين على وظيفة بعينها، على ضوء أصلهم للنهوض بها وفق ملكاتهم العقلية والنفسية والخلقية؛ وبافتراض أنهم لا يتحدثون فى كفايتهم لتوليها؛ وأن لبعضهم من عناصر الامتياز والتفوق ما يرجحهم على غيرهم؛ وأن تقدير هذه العناصر لتحديد من يكون من بينهم أجدر بها، وأحق بالتعيين أو الترقية إليها، عملية موضوعية لا تصدر فيها الجهة التى تتولاها عن أهولها. بل عليها أن تزن عناصر التقييم جميعها بميزان الحق والعدل، وعلى ضوء نظرة واقعية ترتبط بخصائص الوظيفة ومتطلباتها، وإلا كان قرارها مشوباً بإساءة استعمال السلطة<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك أن تكون الترقية بالأقدمية التى لا يعتد فيها بغير مدة الخدمة الفعلية -لا الفرضية- التى قضاها العامل قائماً بأعباء عمله أو وظيفته. ذلك إنها تتافض بطبيعتها الترقية بالاختيار.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٥/٣/١٩٩٧- قاعدة رقم ٣١ -ص

٥٠٠ - ٥٠٢ من الجزء الثانى.

(٢) ص ٥٠٢ - ٥٠٣ من الحكم السابق.

وغايتها ألا يتقدم من كان طارناً على الوظيفة، على من نهض بأعبائها قبله، وعلى تقديمه أن من باشر العمل فعلاً، أولى بالنظر ممن اعتبر قائماً به حكماً، وبمراعاة أن تقديم زميل على آخر لأقدميته، إنما يكون في وظيفة من الدرجة نفسها في الجهة ذاتها<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً

#### ملاحقة القائمين بالعمل العام من خلال الإدعاء المباشر

٢١١- ينص البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه لا يجوز للمدعي بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة عن طريق تكليفه لخصمه مباشرة بالحضور أمامها إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام، أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر البند ثانياً استثناء من الحق المقرر لكل شخص في أن يقيم نفسه مدعياً بالحقوق المدنية طلباً للتعويض عن الضرر المباشر الناشئ عن الجريمة. وإذا كانت المدعية في الخصومة الدستورية تتوخى أن تلاحق موظفاً من خلال الإدعاء المباشر - عن جريمة ارتكبها أثناء تأدية وظيفته لتعويضها عن الأضرار المباشرة التي ألحقها هذه الجريمة بها، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفعها بعدم دستورية هذا البند باعتباره حائلاً بينها وبين اقتضاء الحقوق التي تطلبها في النزاع الموضوعي؛ وكانت المدعية قد قررت في منعها على ذلك البند، أنه صائر -بغير مبرر- حق الناس في ملاحقة الجناة أمام القضاء بما أصفاه من حصانة على الموظفين والمستخدمين ورجال الضبط، وهم فئة بعينها قصد أن يعطل مساعيهم قضائياً عن الجرائم التي تحدثها، دون أن يستند في ذلك لغير صفاتهم، متذرعاً بوقوع جرائمهم هذه أثناء تأديتهم لوظائفهم

(١) "دستورية غنيا" القصية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٩ مايو ١٩٩٨- قاعدة رقم ٩٧ ص ١٢٩٠ - ١٢٩٣ من الجزء الثامن.

(٢) تعاقب المادة ١٢٣ من قانون العقوبات كل موظف عمومي يستعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم، أو وقف تنفيذ حكم أو قرار صادر من المحكمة. وكذلك إذا امتنع عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر.

أو بسببها؛ إلا أن منعها ذلك لم يحظ بقبول من المحكمة الدستورية العليا التي خلص حكمها فسي دعواه إلى رفضها، مستندا في ذلك إلى ما يأتي.

أولاً: أن ما تنص عليه المادة ٧٠ من الدستور من أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر من جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون؛ يعني أن الادعاء المباشر ليس استصحاباً لأصل في الدعوى الجنائية؛ وإنما هو استثناء من قواعد تحريكها، تقديراً بأن النيابة العامة -وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية- هي التي تختص دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

كذلك فإن تقويض الدستور السلطة التشريعية في تحديد الأحوال التي لا تقام الدعوى الجنائية فيها بأمر من جهة قضائية، مؤداه جواز تطبيقها لنطاق الحق في الادعاء المباشر وفق شروط موضوعية لا ينافس تطبيقها حكماً في الدستور.

ثانياً: وازن المشرع -في نطاق الحق في الادعاء المباشر- بين أمرين، أولهما: الضرورة التي يقتضيها استعمال هذا الحق في إطار الأغراض التي شرع لها<sup>(١)</sup>؛ وثانيهما: الأضرار التي ينبغي توقيها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتنكبتها؛ فراجع ثانيهما على أولهما، تقديراً بأن الأضرار التي ترتبط بإساءة استعمال الحق في الادعاء المباشر، يكون دفعها أولى؛ ولا يجوز بالتالي أن تتقدمها مزاياء.

ذلك أن القانونين بالعمل العام -الذين حال المشرع دون أن يكلفهم المدعى بالحقوق المدنية بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية- لا يباشرون أعمال وظيفتهم بعيداً عن مصالح المواطنين الذين يلجون أبوابهم لقضاء حوائجهم. بل يتردد موقعهم من طلباتهم بين تلبية أو معارضتها بحق؛ مما يؤثر غرائز النفس البشرية وراوتها التي كثيراً ما تنجح مع سوء ظنها إلى التجريح تألياً عن موارين الحق والعدل. فلا يكون تطؤها وضيقها بالقائمين على العمل العام إلا تجنياً واقتراء، يقترون -في الأمم- بالتطاول عليهم لنحط من قدرهم. ونيل من اعتبارهم؛ لتسهن عزائهم فلا يثابرون على أعمالهم بلهمة الكافية، وإنما يفصرون فيها قعوداً عنها، أو يتصلون منها نكولاً عن

(١) حق في الادعاء -م- صرح به القانون مواجعه بحلى النجبة العامة و نفاصها عن رفع الدعوى  
حديده، دون مقتض ، هو خنك و ع من الرقابة على تصرفاته.



مسئوليتها، ووجلا من محاسبتهم بسببها، مما يصرفهم عن الأداء الأقوم لها، لاسيما وأن المشرع قد اختصهم بجرائم قصرها عليهم، وغلظ عقوباتها في شأنهم حملاً لهم على القيام بواجباتهم فسي الصورة الأدق لها.

ولا يجوز بالتالي أن يفرض اطمئنانهم إذا كان لكل مدع بالحقوق المدنية أن يلاحقهم جنائياً عن جرائم يتهمهم بارتكابها، ولو تعثر الدليل عليها أو كان متخاذلاً، متدبراً زيفاً بـرداء الحق، ليقوض بذلك سكينتهم ما بقي الاتهام الجنائي مسلطاً عليهم، موهناً عزائمهم، ملقياً عليهم ظلالاً من الشبهة التي تتال من سمعتهم.

وكان على المشرع بالتالي أن يرد عنهم -بالنص المطعون فيه- غائلة عدوان أكثر احتمالاً وأدنى إلى الوقوع بضمناً لأن بتقيد الحق في الادعاء المباشر، بالأغراض التي شرع من أجلها، فلا ينقلب عليها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن إسقاط الحق في الإدعاء المباشر في الحدود التي بينها النص المطعون فيه، لا يتوخى حماية القائم بالعمل العام، بل صون الوظيفة العامة مما يعطل أو يحد من جريان ثنوتها وانتظامها بما يحقق أهدافها، فلا يعرقل تكفيها قيد يناقش واجباتها.

رابعاً: أن الدعوى الجنائية لا يحركها الادعاء المباشر إلا طلباً لحقوق مدنيّة بطبيعتها. والأصل أن ترفعها عند إنكاره في جرائم بنواتها، الجهة التي تختص بها أصلاً، شأن الجرائم التي يرتكبها القائمون بالعمل العام أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها في ذلك شأن غيرها من الجرائم.

وهو ما يعني أن هؤلاء لن يفلتوا من المسؤولية الجنائية عن أفعالهم التي أنمها المشرع، بل تظل محاسبتهم عنها -إذا قام الدليل عليها- حقاً للنيابة العامة في إطار اختصاصاتها الأصلية.

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨/٤/١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٢٦٢ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، من أن الدستور لم يخول حق الادعاء المباشر إلا في حالة بذاتها هي التي يقوم فيها المحكوم له بطلب التعويض المدني عن جريمة الاستئاع عن تنفيذ حكم قضائي أو تعطيل تنفيذ -وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة ٧٢ من الدستور- وفيما عدا هذه الحالة، فقد فوض الدستور -بمصر المادة ٧٠ منه- المشرع في تحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية عن غير طريق الجهة القضائية. ويبرز تحتها الحق في الادعاء المباشر.

خامساً: أن حظر الإدعاء المباشر في الجرائم المشار إليها في البند ثانياً من الفقرة ٣ من المادة ٢٢٢ من قانون الإجراءات الجنائية، لم يقصد إلى إفراد المتهمين بارتكابها بمعاملة استثنائية يعطون بها على غيرهم؛ ولا أن يمنحهم ميزة يؤثر بها على مواهم من المتهمين.

بل تغنياً هذا الحظر ضمان الأداء الاقوم للعمل العام، وأن يكون الطريق إليه غير محاط بعوائق تحول دونه، أو تدعو إلى التردد في القيام به توفيقاً للمسئولية عنه. فلا ينال مسن حسن أدائه، متخوصون يعطلون سيره إفاً. وإذ حضر المشرع في الجرائم التي عينها، الحق في الإدعاء المباشر على ضوء ما تقدم، فإن هذا الحظر يكون قائماً على أسس موضوعية تنتظم المخاطبين به، وبما لا يخلل فيه بشريهم أمام القانون<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً

#### حق العامل في أجازة سنوية

٢١٢- أن ما تغنيه المشرع من ضمان حق العامل في أجازة سنوية بالشروط التي حددها، هو أن يستعيد العامل من خلالها قواه المادية والمعنوية.

ولا يجوز بالتالي أن ينزل العامل عيب، ولو كان هذا النزول ضمناً بالامتناع عن طلبها.

وهو ما تردّد بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ من قانون العمل التي يدل حكمها على أن هذه الأجازة فريضة اقتضاها المشرع من كل من العامل ورب العمل، فلا يملك أيهما إهدارها، ولا أن يدعى العامل أنه بالخيار بين طلبها أو تركها؛ وإلا كان التخلي عنها إنهاكاً لقواه، وتبيداً لطاقتها مؤناً بوهنها ثم اندثارها؛ وإضراراً بمصلحة العمل ذاتها التي يتعذر صونها مع الاستمرار فيه دون انقطاع.

وهو ما يعنى أن الحق في الأجازة السنوية يتصل بقيمة العمل وجدواه؛ وينعكس بالضرورة على كيان الجماعة، ويمس مصالحها العليا صونها لقوتها الإنتاجية البشرية.

(١) تسيورية عليا: القصية رقم ٤٧ لسنة ١٧ فصلاتة تسيورية- جلسة ١٩٩٧/١/٤- قاعدة رقم ١٦- ص ٢٣٥ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يعتبر طلب العامل أجازته السنوية، منشأ للحق فيها، ولا تخليه عنها مسقطا لهذا الحق. فليس للعامل خيار في أن يفيد منها أو يعرض عنها، ذلك أن نص القانون مصدر مباشر لها، ويبتل بالتالي كل اتفاق على خلافها لخروجه على قاعدة قانونية أمره بل إن ما يقابل الأجازة التي حصل العامل عليها، من الأجر المقرر لها، يتعين أن يكون حقا مكفولا لكل عامل، وإلا أحجم عنها.

وإذ دل المشرع بالفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، على أن العامل لا يجوز أن يتخذ من الأجازة السنوية "وعاء اندخاريا" من خلال ترحيل مددها التي تراخي في استعمالها سريا كان مقدارها- ثم تجميعها ليحصل العامل بعد انتهاء خدمته على ما يقبلها من الأجر؛ وكان ضمان المشرع لمصلحة العمل ذاتها، قد اقتضاه أن يرد على العامل سوء قصده، فلم يجز أن يحصل على أجر عن هذا الرصيد، إلا عن مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر؛ وهي بعد مدة قدر المشوع أن قصرها يعتبر كافلا للأجازة السنوية غاياتها.

إلا أن هذه المدة التي حدد المشرع أقصاها، ينبغي أن يكون سريانها مقصورا على تلك الأجازة التي قصد العامل إلى عدم الانتفاع بها من أجل تجميعها.

فإذا كان تكوينها منسوباً إلى رب العمل؛ ومنتهياً إلى الحرمان منها فيما يتجاوز ثلاثة الأشهر؛ كان مسؤولاً عنها بكاملها.

ويجوز للعامل عندئذ أن يطلبها جملة أيا كان مقدارها، إذا كان تنفيذ ذلك عينا ممكناً؛ وإلا تعين أن يعرض عنها بما يعادل - على الأقل - أجره عن كامل هذا الرصيد أيا كان مقداره؛ ذلك أن المدة التي امتد إليها الحرمان من استعمال تلك الأجازة، سببها إجراء اتخذته رب العمل، وعليه أن يتحمل تبعته.

ولئن كان الدستور قد خول المصلحة التشريعية بنص المادة ١٣، تنظيم حق العمل، إلا أنها لا يجوز أن تعطل جوهره؛ ولا أن تتخذ من حمايتها للعامل موطناً لإهدار حقوق يملكها، وعلى الأخص تلك التي تتصل بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها؛ ويندرج تحتها الحق في الأجازة السنوية التي لا يجوز لجهة العمل أن تحجبها عن عامل يستحقها؛ وإلا كان ذلك منها عدواناً على سلامته صحيا ونفسيا؛ وإخلالا بأحد التزاماتها الجوهرية التي يعتبر نص القانون مصدراً مباشراً

لها، والتي لا يجوز كذلك للعامل أن يسقطها؛ واستتارا بتنظيم حق العمل للحد من مدهاء؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، لا يخصص للعامل بأن يضم من مدد الأجازة السنوية التي قام بتجميعها ما يزيد عن ثلاثة شهور، حماية منها للعامل حتى لا يبدد قواه؛ وكان أكثر ما يهدد العامل أن تتنزع جهة العمل بواجبها في تنظيمه لتحويل دون حصول العامل على أجازة يستحقها؛ فإن حرمانها العامل منها -وفيما يجاوز الأشهر الثلاثة التي حددتها الفقرة المطعون عليها- يعتبر تعويثاً لحق العامل فيما يقابلها من تعويض يتحدد مدهاء بقدر الأضرار التي رتبها هذا الحرمان -المادية منها والمعنوية- وبمراعاة أن الحق في هذا التعويض من الحقوق الشخصية التي تكفلها المادتان ٣٢ و ٣٤ من الدستور اللتان جرى قضاء هذه المحكمة على اتساعها للأموال بوجه عام، وانصرافها بالتالي إلى الحقوق الشخصية والعينية جميعها، وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

#### خامساً

#### حق الجمع بين الأجر والمعاش<sup>(١)</sup>

٢١٣ - تؤسس المحكمة الدستورية العليا هذه القاعدة على دعامتين:

أولاهما: أن العمل، ليس ترفاً ولا يمنح تفضلاً، وما نص عليه الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٣ من اعتبار العمل حقاً، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضاً لفحواه، وأن يكون فوق هذا احتياراً حراً، والطريق إليه محدداً وفق شروط موضوعية مناطها ما يكون لازماً لإنجازه.

وقد شرط الدستور -بالفقرة الثانية من المادة ١٣- اقتضاء الأجر العادل حتى في الأحوال التي يفرض العمل فيها جبراً على العامل؛ وكان الإسهام في الحياة العامة قد غدا واجباً وطنياً وفقاً لنص المادة ٦٢ من الدستور؛ وكان على الجماعة كذلك -وعملًا بنص المادة ١٢ من الدستور- أن تعمل على التمكين لفيهما الخلقية والوطنية وفق مستوياتها الرفيعة؛ فإن الوفاء بالأجر عن عمل

(١) الفصية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٦/٧ -قاعدة رقم ٤٣ -ص ٦٥٣ وما بعدها من

الجزء الثامن؛ والفصية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -مساعدة رقم ١٥ -ص

١٠٣ من المخذ الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

تم أدلاؤه في نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ارتبط طرفاها بها، وحدد الأجر من خلالها، يكون بالضرورة أولى بحماية الدستور وأجدر.

ثانيهما: أن الدستور وإن كفل للمشرع -نص المادة ١٢٢- الاختصاص بتقرير القواعد القانونية التي توفر للمواطنين احتياجاتهم الضرورية التي يتحررون بها من العوز، وينهضون معها بمسئوليتهم قبل أسرهم، بما في ذلك قواعد تحديد مرتباتهم ومعاشاتهم وتعويضاتهم وإعاناتهم ومكافأاتهم، مع بيان أحوال الاستثناء منها، والجهات التي تتولى تطبيقها؛ إلا أن التنظيم التشريعي للحقوق التي كفلها المشرع في هذا النطاق، يكون مجانيا أحكام الدستور، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها، بما في ذلك الحق في معاشاتهم التي توافر أصل استحقاقها. ذلك أن حرمانهم منها ينافي بتقيد الجهة التي تقررت عليها بها.

وهو ما تؤكد قوانين التأمين الاجتماعي على تعاقبها. إذ يبين منها أن المعاش الذي تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقا للنظم المعمول بها، يعتبر التزاما ترتب بنص القانون في ذمة الجهة المدينة.

وإذا كان الدستور قد خطا بمادته السابعة عشرة خطوة أبعد في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي، حين ناط بالدولة أن تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية -الاجتماعية منها والصحية- بما في ذلك تقرير معاش لمواجهة بطلانهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم في الحدود التي يبينها القانون؛ فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي-التي يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها- هي التي تكفل معاملتهم -وكحد أدنى- بصورة إنسانية لا تمتن فيها أمتيتهم وبما يوفر كذلك لحريتهم الشخصية مناجاة الملائم، ويصلهم بالحق في حياة من خلال تنفق روافدها.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون حق المتقاعدين في معاشاتهم التي قام الدليل على استحقاقهم لها، نافيا لحقهم في الأجر عن أعمال جديده دخلوا فيها بعد تقاعدهم، ذلك أن اجتماع هذين الحقين ليس فقط متصورا، بل هو كذلك ضرورة قانونية بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا.

فبينما يعتبر نص القانون مصدرا مباشرا للحق في المعاش؛ فإن الحق في الأجر يرتد في مصدرة المباشر إلى ذات رابطة العمل الجديدة.

كذلك يقوم الحق في المعاش وفقاً للقواعد التي تقرر بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها، عن مند خدمة أمضاها أصحابها في الجهة التي كانوا يعملون بها، وأدوا عنها حصصهم في التأمين الاجتماعي.

ولا كذلك الأجور التي يستحقونها من الجهة الجديدة التي تعاقدوا معها على العمل بها. ذلك أن هذه الأجور تقابل جهدهم المشروع فيها، وهي كذلك باعثهم إلى التعاقد معها. فلا يكون أداء العمل بها غير مصدر للحق في اقتضاء هذه الأجور.

ولا يجوز القول كذلك بأن المشرع عامل الأجر باعتباره بديلاً عن المعاش. ذلك أن الالتزام لا يكون بديلاً إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مديناً واحداً تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي.

ولا كذلك اجتماع المعاش والأجر؛ ذلك أن الالتزام بهما لا ينشأ في ذمة مدين واحد. ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما.

فضلاً عن اختلافهما مصداقاً؛ ومن ثم ينحل العدول على أيهما إخلالاً بالملكية الخاصة التي كفل الدستور أصل الحق فيها.

#### ملاحقة

#### مرافقة أحد الزوجين للآخر<sup>(١)</sup>

٢١٤- كان نص المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات، يقضي بما يأتي:

"مع مراعاة حسن سير العمل في القسم وفي الكلية أو المعهد، يجوز الترخيص لعضو هيئة التدريس في إجازة خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له في السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل. ويكون الترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأي مجلس القسم المختص".

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وقد طلب أستاذ بجامعة المنوفية، الترخيص له بالسفر لمرافقة زوجته المتعاقدة بالمسعودية، إلا أن رئيس هذه الجامعة، رفض منحه هذا الترخيص بناء على السلطة التقديرية التي يملكها وفقا لنص المادة ٨٩ المشار إليها.

دفع الزوج بعدم دستوريته أمام قاضى الموضوع، ثم أقام دعواه الدستورية بعد تقدير جديّة دفعه في النزاع الموضوعي.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية المادة ٨٩ المشار إليها تأسيسا من جهتها على دعامتين:

أولاهما: أن الزوجين -ومن خلال الأسرة التي كونها- يمتزجان في وحدة يرتضيانها، بتكاملان بها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها، مؤكدا حق الشريكين فيها، في أن يتخذا من خلالها أنق قرائنها وأوتقها اتصالا بمصائرهما، بما يصون لحياتهما الشخصية أعمق أغوارها، لتظهر الحياة العائلية فى صورها الأكثر تألفا وترامحا.

وتعين بالتالى ألا ينفصل الحق في تكوين أسرة، عن الحق في صونها على امتداد مراحل بقائها بما يكفل وحدتها، ولا يؤثر سلبا في ترابطها أو في القيم والتقاليد التي تنصهر فيها، والتي لا زال الدين يشكلها في الأعم من مظاهرها، وعلى الأخص في مجال اختيار أنماط الحياة التي يقبلها أفراد كل أسرة، ويرتضونها طريقا لتوجهاتهم بما يصون أعراسهم وعقولهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها.

ثانيتهما: أن البند الأول من المادة ٦٩ من قانون العاملين المنبئين فى الدولة، جرد الجهة الإدارية من سلطتها التقديرية فى شأن منح الأجازة الخاصة التي يطلبها الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو الدراسة مدة ستة أشهر على الأقل، على ألا تجاوز هذه الأجازة مدة بقاء الزوج فى الخارج، سواء كان الزوج المسافر من العاملين فى الحكومة أو فى القطاع العام أو الخاص.

وفيما عدا هذه الحالة التي يتعين فيها على الجهة الإدارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة، فإن منح العامل أجازة خاصة للأسباب التي يبيدها -على ما ينص عليه البند الثاني من

المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين في الدولة- يكون راجعا لتقدير جهة العمل. بما مؤداه أن هذا القانون وازن بوضوح بين مصلحة العامل المتزوج في صون أسرته وبين حسن سير العمل. فلم يجز البند الأول من المادة ٦٩ من ذلك القانون تمزيق أوصال الأسرة أو تشيبتها وبعثرة جهودها وتنازع أفرادها، وعلى الأخص من خلال تفرق أبنائها بين أبوين لا يتواجدان معا، بما يترك سلبا على صحتهم النفسية والعقلية والبدنية، ويقلص الفرص الملائمة لتعليمهم، وإعدادهم لحياة لائقة.

بيد أن نص المادة ٨٩ من قانون تنظيم الجامعات -المطعون فيه-، خول الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس، سلطة تقديرية تترخص معها في منح الإجازة الخاصة التي يطلبها هذا العضو لمرافقة زوجها أو زوجته التي أنن لأيهما بالسفر إلى الخارج؛ وكانت الأسرة التي حرص الدستور على صون وحدتها، وأقاربها على الدين والخلق والوطنية، هي الأسرة المصرية بأعرافها وتقاليدها وتضامنها وتراحمها واتصال روابطها؛ فإن الحماية التي كفلها الدستور لها، لا تتحدد بالنظر إلى موقعها من البنيان الاجتماعي، ولا بطبيعة عمل أحد الأبوين أو كليهما، ولا بواقعة خضوعهما أو أحدهما لتنظيم وظيفي خاص أو عام.

بل يتعين أن يكون مفهوم الأسرة ومضامينها، نائيا بها عما يفرض ببنائها، أو يزول إلى انحرافها، وإلا كان ذلك إخلالا بوحدة التي بناها انفصال أحد الزوجين عن الآخر على نحو يكون فارقا لبنيان الأسرة، نافيا تلاحمها، مقيما شريعتها على غير الحق والعدل. وهو ما يتحقق بإعمال الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس لسلطانها التقديرية المخولة لها بمقتضى نص المادة ٨٩ المشار إليها.



### المبحث السادس

#### اتصال الرقابة القضائية على الدستورية

##### بتطبيق قواعد القانون الدولي العام

٢١٥- وتحلق المحكمة الدستورية العليا فوق أسوار قواعد القانون الدولي العام بقصد تحديد ضوابطها، سواء في ذلك ما تعلق منها بالمعاهدات الدولية -وهي قواعد اتفاقية ارتضتها الدول أطرافها- أو ما تعلق من أحكام هذه القانون بأعرافها التي تواتر عليها العمل فيما بينها، وعلى الأخص تلك التي لا يجوز تعديلها *Jus Cogens*.

وتزداد أهمية قواعد القانون الدولي العام، في أنها لم تعد -في صورها الأكثر شيوعاً- تقتصر على مجرد تنظيم لروابط ثنائية بين عدد محدود من الدول، ولكنها اليوم تقتحم في عديد من تطبيقاتها مسائل تنسم بطبيعتها الشاملة، وبإحاطتها بمصالح عريضة تتوافق عليها الدول في مجملها، ويتصديها على معاهدة دولية تشرع لها أو لنضمامها إليها.

كذلك فإن التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، لا يتخذ دائماً شكل معاهدة دولية، وإنما يصدر في الأعم في شكل إعلان أو ميثاق تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة، فلا يكون ملزماً كالمعاهدة الدولية، وإن كان البعض ينظرون إلى القبول العام للقواعد التي يتضمنها الإعلان أو الميثاق باعتباره انضماماً إليها في مجال العمل بها وإنفاذها، بما يرقى بها في النهاية إلى مرتبة القواعد العرفية التي تركز في مصدرها المباشر على القبول العام بها من خلال أطر تطبيقها، والانصياع للأثار القانونية التي ترتبها.

ولا تزال دائرة التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، بعيدة في مداها، بالنظر إلى اتساعها وغايتها بحقوق طال إهمالها أو العيوان عليها. ويندرج تحتها القواعد التي تضمنها التنظيم الدولي في شأن سيطرة الدول النامية على مواردها الطبيعية؛ ومكافحة أشكال التمييز على اختلافها، وعلى الأخص كلما كان مرجعها تمييزاً ضد المرأة؛ أو بناء على العنصر؛ أو في مجال التعليم والاستخدام؛ أو على ضوء ما يتصل بالمعوقين من عوار خلقى أو غير خلقى ينال من قدراتهم البدنية أو العقلية، ويجعلهم عاجزين على أن يؤمنوا بأنفسهم ما يكون ضرورياً لحياتهم.

ويخطو التنظيم الدولي خطوة تقدمية في مجال مقاومة الجرائم ضد الإنسانية بما في ذلك جرائم الإبادة الجماعية والرق والعبودية والسخرة، وحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير .

وينظر التنظيم الدولي كذلك إلى العدل باعتباره قيمة عليا لا يجوز التغريط فيها، ومن ثم كان حرصه على ضمان استقلال السلطة القضائية من كل إغواء أو تهديد أو تحريض مباشر أو غير مباشر، وعلى تقرير قواعد نموذجية تكفل في حدها الأدنى معاملة ملائمة للسجناء، مع حماية الأشخاص جميعهم من صور تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة لحملهم على الإدلاء بأقوال لا يرغبون فيها، أو الشهادة على أنفسهم بما لا يطبقون..

ويكاد التنظيم الدولي أن يحيط بحقوق الفرد وحياته بصورة شاملة تسعى في كل أشكالها، وبما يوفر تدابير فردية وجماعية لضمانها، وعلى الأخص في مجال الحرية التقنية وسياسة العمالة والزواج والأسرة، وحقوق الطفل، وعلى صعيد استئصال الجوع وسوء التغذية، وتوكيد الحق في التنمية، وتعميق أدواتها، خاصة ما يتعلق منها بالتقدم العلمي والتكنولوجي لخير البشرية.

وقد يبدو غريباً أن تكون حقوق الفرد وحياته التي يتضمنها التنظيم الدولي، هي ذاتها وعلى الأقل في حدها الأدنى - المنصوص عليها في الدساتير الوطنية.

ولكن هذه الغرابة ينفيها أن حقوق الناس وحياتهم الجوهرية لا ترتبط بوجودهم في رقعة إقليمية بذاتها، ولا بأجناسهم، ولا بقدر ثرائهم أو حقيقة مجتمعاتهم. ذلك أنها تتصل بأدميتهم، ومرددا إلى خصائصهم التي ينفردون بها بوصفهم بشرا خلق حرا طليقا، ضاربا في الأرض دون قيود أو فواصل إقليمية.

على أن التنظيم الدولي، وإن أحاط بحقوق الفرد وحياته، إلا أن دائره هذا التنظيم لا تتطابق مكوناتها مع الدائرة الوطنية التي تقابلها، والتي تقع الدساتير الوطنية في نطاقها. فالتأثير المتبادل بين الدائرة الوطنية والدائرة الدولية حقيقة لا نزاع فيها، وإن صح القول بأن الحماية التي تكفلها الدساتير الوطنية لحقوق الفرد وحياته، لا تزال أقل في أشكالها وفعاليتها من تلك التي قسنتها المواثيق والمعاهد الدولية.

### المطلب الأول

#### المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام

٢١٦- لا تزال المعاهدات الدولية هي الصورة النموذجية والشائعة لتنظيم الدول فيما بينها لقطاع من علاقاتها الدولية. وقد واجهتها المحكمة الدستورية العليا من زاوية ماهيتها وضوابط تفسيرها وقوتها، والرقابة على دستوريته، ووحدة أحكامها وجواز تجزئتها، وإمكان التحفظ على بعض نصوصها، والآثار القانونية المترتبة على التنصل من تنفيذها، وصلتها بحرية التعبير وبالأعمال السياسية، مما جعل لقواعد القانون الدولي العام قيمة جوهرية في مجال تطوير الرقابة على الشرعية الدستورية من خلال ربطها بأفاق هذا القانون في تطبيقاته وأغراضه.

فلا يكون هذا القانون إلا عنصرا حيا في قضاء المحكمة الدستورية العليا، وعلى الأخص من جهة تنوع مجالاته وتطور قواعده، وملاحقتها لكل جديد في العلوم والفنون التي ترتبط بنطاق سريانها وبالمسائل التي ينظمها. وكذلك صلة هذا القانون بحقوق الفرد وحرياته.

### الفرع الأول

#### المعاهدة الدولية: مفهومها

٢١٧- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، ينظر إلى عبارة المعاهدة الدولية بوصفها مصطلحا عاما Generic Term منصرفا إلى كل أشكال الاتفاق فيما بين دولتين أو أكثر، إذا كان مكتوبا، سواء في وثيقة واحدة أو في وثائق متعددة. وهي تتناول في موضوعها تنظيما لمسائل بذواتها يقع الاتفاق عليها أيا كان نطاقها. ومن ثم يندرج تحتها ما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق على اختلافها، عهدا كان أم ميثاقا أم إعلانا أم بروتوكولا أو نظاما أو تبادلًا لخطابين<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٢٩ - ص ٥٠٩ - ٥١٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفرع الثاني

#### المعاهدة الدولية: قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها

٢١٨- وعملاً بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها، تلزم المعاهدة الدولية الدول أطرافها، كل في نطاق حدوده الإقليمية.

كذلك ينبغي أن تفسر أحكامها في إطار من حسن النية، ووفقاً للمعنى المعتاد لعبارةها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة وأغراضها.

وكما توخت المعاهدة الدولية، إجراء تسوية شاملة في شأن الحقوق التي حددتها الدولتان المتعاقدتان حتى لا يثار النزاع من جديد حولها؛ كاتفاقيهما على تسوية شاملة للأضرار الناجمة عن التأميم والحراسة والإصلاح الزراعي، فإن هذه التسوية تحيط بهذه الأضرار جميعها. ولا يجوز بالتالي تطبيق بعض جوانبها دون أجزائها الأخرى. إذ ليس ذلك غير تبعض لأحكامها ينقص تكاملها فيما بينها، ويعطل فاعلية المعاهدة، وينقض أسسها.

بل إن القول بجواز تجزئة أحكامها في هذه الصورة، إنما ينحل إلى تعديل لها لا تملكه غير الدولتين المتعاقبتين، وبتراضيهما معاً<sup>(١)</sup>.

ومن المقرر كذلك وفقاً لقواعد القانون الدولي العام أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها - ومن خذل المعاهدة الدولية التي تكون هي طرف فيها - في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها، سواء كان ذلك في إطار حق الملكية أو في مجال الحقوق شخصية؛ وبأن كانت الحقوق التي رتبها المعاهدة الدولية وكذلك التزاماتها، لا تسرى إلا على الدول أطرافها في العلاقة فيما بينها، ولا يعتبر التنظيم نورد بها - وأياً كان مضمونه - منصرفاً إلى مواطنيها<sup>(٢)</sup>.

(١) - دستورية عليا - القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ قاعدة ١٣ - ص ١٥٠

ومعناها من المحك الثاني من الجزء الخامس

(٢) - القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٦/٢/١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٧٢ من المحك الثاني

من الجزء الخامس.

### الفرع الثالث

#### المعاهدة الدولية: مرتبتها

٢١٩- تنص المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بأن كل معاهدة دولية يتم إبرامها ونشرها والتصديق عليها وفق الأوضاع المقررة؛ تكون لها قوة القانون.

بينما تصرح المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، بأن الاتفاقية أو المعاهدة الدولية المصادق عليها، أو التي يتم إقرارها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها، منذ نشرها، قوة أعلى من القانون Une autorité supérieure à celle des lois مع التحفظ بشرط تطبيقها من قبل الدول الأخرى المعترفة أطرافاً بها.

Sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie

كذلك تنص المادة ٥٤ من الدستور الفرنسي المذكور، على أنه إذا قرر المجلس الدستوري أن تعهداً دولياً يتضمن بنداً أو شرطاً مخالفاً للدستور، فإن الترخيص بالتصديق على هذا التعهد أو بإقراره، لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور<sup>(١)</sup>.

L'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution.

### الفرع الرابع

#### المعاهدة الدولية: الرقابة على دستورتها

٢٢٠- وتباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً

فيها من جهتين:

أولهما: من حيث استيعابها للأوضاع الشكلية التي تتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها. فضلاً عن ضرورة موافقة السلطة التشريعية على كل معاهدة تتعلق بالتجارة والملاحة؛ أو يكون

(١) يلاحظ أن المجلس الدستوري لا يتصدى من تلقاء نفسه للفصل في دستورية المعاهدات الدولية، بل يتعين أن يقدم إليه طعن بشأنها من الأشخاص الذين حددهم الدستور الفرنسي حصراً وهم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس كل من مجلسي البرلمان - الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ - وستون نائباً أو ستون شبحاً على الأقل.

موضوعها صلحا أو تحالفا؛ أو متضمنا تعديل الحدود الإقليمية للدولة، وكذلك تلك النسي تتعلق بحقوق السيادة التي تملكها؛ أو التي تحمل خزانة الدولة بنفقة غير واردة في الميزانية<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: من حيث اتفاق مضمونها مع الدستور. ذلك أن قوة المعاهدة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من دستور مصر، لا تزيد على قوة القانون، فلا تملوه. وهي تحوز هذه القوة بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. ولا يتصور بالتالي إغاؤها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التي تتناول أصلا كل قانون بمعنى الكلمة؛ ولو صدر عن السلطة التشريعية التي تعبر عن إرادة مواطنيها في مجموعهم بحكم صفتها التمثيلية. ومن ثم يكون القانون بمعناه الحرفي، والمعاهدة الدولية المشبهة به في الحكم، سواء في مجال الخضوع للشرعية الدستورية.

#### الفرع الخامس

##### المعاهدة الدولية: التحفظ عليها، والانسحاب منها

٢٢١ - الأصل في كل معاهدة دولية، هو جواز التحفظ على حكم وارد بها، بقصد استبعاد تطبيقه، أو تعديل مضمونه في مجال سريانه على الدولة التي صدر التحفظ عنها، ودون إدخال بتقيدها بباقي أحكامها غير المتحفظ عليها. ولا كذلك انسحابها من معاهدة دولية ترتبط بها ذلك أن هذا الإجراء لا يعتبر موقفا لسريانها في مواجهتها، ولا هو تعديل لأحد نصوصها، بل إنهاء لوجود المعاهدة ذاتها بحكم تخليها عنها. فلا يحجج عليها بعد ذلك بأحكامها، ما لم تكن التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، مقررة كذلك بمقتضى قاعدة من قواعد القانون الدولي العام التي لا تجوز مخالفتها Peremptory Norms of General International Law، تلك المتعلقة بعدم جواز اللجوء إلى القوة في روابط الدول ببعضها؛ وحظر ارتكابها لجرائم الإبادة الجماعية، أو تعاملها في الأشخاص من خلال استرقاقهم أو دفعهم إلى البغاء أو الفجور، أو غير ذلك من الجرائم الدولية. إذ تظل الدولة المنسحبة، مقيدة بمثل هذه القواعد - لا لأنها مقررة في المعاهدة الدولية التي كفلتها - وإنما لأن قواعد القانون الدولي العام التي لا تجوز مخالفتها ولا تعديلها باتفاق لاحق Jus Cogens، هي التي تحل محل القواعد التي تقابلها في المعاهدة الدولية بحكم اتساع مجال

(١) هذه المعاهدات مبنية حصرا بالفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور.

تطبيقها ليشمل الدول جميعها التي تنقيد بها وتنزل عليها، ولو لم ينص عليها في أية معاهدة دولية دخلت فيها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السادس

#### المعاهدة الدولية: صلتها بالأعمال السياسية

٢٢٢ - لا تعتبر المعاهدة من الأعمال السياسية بناء على مجرد تنظيمها للعلاقات الخارجية. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن نظرية الأعمال السياسية وإن كانت تجد أكثر تطبيقاتها - لا في الميدان الداخلي - بل على صعيد روابط الدولة الخارجية، ومن منظور اتفاقاتها الدولية التي تصون بها سيادتها ومصالحها العليا؛ إلا أن كل معاهدة دولية لا تعتبر بالضرورة من الأعمال السياسية. ولا تندرج تحتها كذلك وبصفة تلقائية - كل اتفاقية تجب موافقة السلطة التشريعية عليها وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن الأعمال السياسية لا تعد كذلك في صحيح تكيفها، بالنظر إلى أوصافها التي يخلعها المشرع عليها. وإنما على ضوء خصائصها؛ وبمراعاة أن تأييدها على الرقابة القضائية، مرده أن تنظيمها يرتبط بضوابط دقيقة وبموازين تقدير، وعوامل ترجيح تعود مكوناتها إلى حقائق لا يتاح أو يتعذر عرضها على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا شأن للأعمال السياسية بالتالي بالقواعد الإجرائية التي تحيط بالمعاهدة، والمتصلة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقاً للأوضاع المقررة<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٢٩ ص ٥١٠ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

(٢) نص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور على وجوب موافقة السلطة التشريعية على معاهدات الصلح والتحالف والملاحة والتجارة، وكذلك جميع المعاهدات التي يتركب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تحمل حراسة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية. أما غير هذه القائمة من المعاهدات، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور تقضي بأن يطلعها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسبها من الشفيع.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣٠ ص ٤٢٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

وتحديد الأعمال السياسية بالنظر إلى خصائصها وحقيقتها، هو ما دعا المحكمة الدستورية العليا إلى أن تدرج ضمن أعمال السيادة التي لا تشملها رقابتها، اتفاقية الدفاع المتبادل فيما بين الدول العربية أطرافها، بالنظر إلى إحداثها لقيادة عربية موحدة لقواتها الحربية، وتنظيمها لتحركاتها فيما بين هذه الدول، وإجازتها لنقلها بين أقاليمها، مع إعفائها في مسائل بذواتها حددتها هذه الاتفاقية حصراً، من الولاية القضائية للدولة التي تتواجد فيها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السابع

#### المعاهدة الدولية: تنفيذها

٢٢٣- وتطلى المحكمة الدستورية العليا أهمية خاصة لتنفيذ المعاهدة الدولية فسى النطاق الداخلى، إلى حد تخويلها رئيس الجمهورية حق إصدار قرار بقانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، كلما كان تدخله على هذا النحو، لازماً لضمان إيفاء مصر بالتزاماتها الناشئة عن معاهداتها الدولية<sup>(٢)</sup> والتي يندرج تحتها مسؤوليتها عن اتخاذ التدابير التي ألزمتها بها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار فى الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعه فى ١٩٥٠/٣/٢١.

ذلك أن انضمامها إلى هذه الاتفاقية، جعلها طرفاً فيها، وألزمها بتقرير النصوص القانونية التي يقتضيها إنهاء الدعارة بكل صورها، وضمان تأهيل ضحاياها، وإصلاحهم اجتماعياً للقضاء على شر الاتجار فى الأشخاص لمصلحة آخرين يرمون إلى إشباع شهواتهم، بما يعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة.

ولمواجهة هذه المخاطر والعمل على دفعها، أصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، متوخياً بأحكامه، فرض العقوبة الملائمة على الصور المختلفة

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

وبلاحظ أن المحكمة تتبنى في هذا الحكم إلى نظرية أعمال السيادة التي تنطبق أصلاً فسى المجال الإدارى. ولكنها عدلت فيما بعد عن هذه التسمية، وأبدلتها بنظرية الأعمال السياسية التي ابتدعها القضاء الدستورى.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩١/١٢/٧ - قاعدة رقم ٩ - ص ٤٢ من المجلد الأول من الجزء الثانى من مجموعة أحكام المحكمة.



للدعارة، سواء في ذلك ما تعلق بالتحريض عليها أو المساعدة فيها، أو استغلالها أو احتراقها، أو  
بغير ذلك من أشكالها كتمويلها أو تأجير بناء أو مكان أو جزء من أيهما لتسهيلها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثامن

#### المعاهدة الدولية: وحدتها وتجزئتها

٢٢٤- ينبغي النظر إلى المعاهدة الدولية باعتبار أن أحكامها تتكامل فيما بينها، وتتضمنها  
وحدة عضوية تجمعها، وأن التوافق على تنفيذ نصوصها في مجموعها، كان من العوامل  
الجوهرية التي أدخلتها الدول في اعتبارها عند إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا  
تجوز تجزئتها بالتالي، بل تعامل المعاهدة في تمام أحكامها، بوصفها كلاً غير منقسم.

ولئن كان ما تقدم هو الأصل في كل معاهدة دولية، إلا أن قيدها ما يرد على هذا الأصل.  
ذلك أن المعاهدة الدولية في أشكالها المتطورة لا تواجه مسائل متداخلة، فيما بينها، وإنما تتفرق  
المسائل التي تنظمها فيما بينها وتستقل موضوعاتها عن بعضها البعض، فلا ينظر إلى مسائلها  
المترقة بوصفها صفة واحدة إما أن تقبل بكل أجزائها أو ترفض بكاملها، وإنما تنقسم هذه  
المسائل إلى عناصر شتى يكون موضوع كل منها مختلفاً عن غيره، فلا تتداخل هذه العناصر أو  
تتحد فيما بينها، وإنما يكون لكل منها كيان خاص به بحيث يتصور إمكان فصله عن غيره.

فاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، تتضمن مسائل مترقة يندرج تحتها تنظيمها للبحار  
الإقليمية، والمناطق المتاخمة، والمناطق الاقتصادية، ولحقوق الدول على جرفها القاري،  
ولأوضاع الدول المحصورة، و المتضررة جغرافياً.

وتفرد الاتفاقية لكل من هذه المسائل، للنصوص القانونية التي تخصها وتحكمها، استقلالا  
عن غيرها، بما يتيح فصل أجزائها عن بعضها البعض، لولا إصرار الدول أطرافها على النظر  
إلى هذه الاتفاقية في مجموع أحكامها بوصفها صفة متكاملة لا يجوز تجزئة عناصرها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ -  
ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يكن ثمة اتفاق بين الدول المعتبرة أطرافاً في معاهدة دولية على معاملتها كصفة متكاملة، فإن جواز تجزئة أحكامها يعود إلى إرادة هذه الدول. وهي إرادة لا يجوز انتزاعها، ولكنها تستتبط من مجموع العوامل التي أولتها تلك الدول اعتباراً عند إقرارها للمعاهدة.

بما مؤداه أن القاعدة الأولية التي تحكم المعاهدة الدولية، هي وحدة نصوصها، وامتناع تجزئتها على ما تقضى به المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أن يسعى إحدى الدول -وبناء على سند تدعيه- لنقض معاهدة دولية تكون طرفاً فيها أو للانسحاب منها أو لتطبيق تنفيذها؛ لا يجوز إلا بالنسبة إلى المعاهدة في مجموع أحكامها، ما لم يكن هذا السند منصرفاً إلى نصوص بذواتها تضمنتها المعاهدة، إذ يقتصر ذلك السند عندئذ على هذه النصوص كلما كان ممكناً -في مجال تطبيقها- فصلها عن بقية أجزاء المعاهدة، وبمراعاة أمرين:

أولهما: ألا تكون إرادة الدول الملزمة بالمعاهدة، منصرفة إلى القبول بها في مجموع أحكامها كشرط لتقيدها بها.

ثانيهما: إذا كان فصل بعض نصوص المعاهدة عن باقيها لا يناقض إرادة الدول أطرافها، نعين ألا يكون إجراء هذا الفصل مجافياً للعدالة<sup>(١)</sup>.

### الفرع التاسع

#### المعاهدة الدولية: وحرية التعبير

٢٢٥- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا كذلك أن المعاهدة الدولية التي يتم إبرامها والتصديق عليها واستيفاء القواعد الإجرائية المقررة لتنفيذها، لها قوتها الملزمة لأطرافها، وأن على الدولة المتعاقدة احترام تعهداتها التي أنشأتها المعاهدة ما ظل سريانها قائماً، إلا أن ذلك لا يضافى على المعاهدة حصانة تحول بين المواطنين ومناقشتها ونقدها وإدعاء رأيهم فيها سواء بقبولها أو برفضها. ذلك أن حرية التعبير هي حرية عامة كفلتها المادة ٤٧ من الدستور، ولكل مواطن أن يمارسها في إطار ضوابطها. وهي بعد حرية تدعمها المادة ٦٢ من الدستور التي تقضى بأن إسهام المواطن في مباشرة حقوقه وحرياته العامة، يعتبر واجباً وطنياً. ولا يجوز

(١) "دستورية عليا" -التضحية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية- جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٣ -ص ١٨٨ و ١٨٩ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

بالتالى أن يكون استعمال المواطن لحرية عامة كفلها الدستور هي حريته في التعبير عن رأيه، سببا لحرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور كالحق في تكوين أحزاب سياسية أو الانضمام إليها، بل تتكامل حقوقه وحرياته هذه فيما بينها<sup>(١)</sup>.

فإذا علق المشرع تأسيس الأحزاب السياسية أو استمرارها على عدم قيام أحد مؤسسيها أو قيادتها بانتقاد معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل، أو الحض على أعمال تتعارض معها، أو الترويج بطريق من طرق العلانية لاتجاه يناقضها؛ كان ذلك مؤداه إنكار حرية الناقد لها في التعبير عن آرائهم؛ وحرمانهم كذلك بصفة مطلقة ومؤبدة من حق تكوين أحزابهم السياسية، بما يؤول إلى مصادرة هذا الحق وإهداره، ويشكل بالتالى مخالفة للمادتين ٤٧ و٤٨ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### حقوق غير المواطنين في حدها الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولي العام

٢٢٦- من المقرر أن للدول -على صعيد علاقاتها الدولية- حقوقا أساسية تتمثل في ضمان استقلالها؛ ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها؛ ودفاعها الشرعي ضد العدوان عليها؛ وتكافؤها قانونا مع غيرها من الدول. بيد أن حقوقها هذه تقابلها وتوازنها واجباتها التي تمنعها من التدخل في الشؤون الداخلية لغيرها من الدول؛ وتحول بينها وإثارة الفلاقل ضدها؛ وتقيدها كذلك بصور حقوق الإنسان وتنفيذ التزاماتها الدولية بحسن نية، وبمراعاة أن تكون الوسائل السلمية وحدها، طريقا لفض نزاعاتها.

وتتل النظرية المتعمقة لحقوق الدول وواجباتها الأساسية، على قبولها فيما بينها بعبء قواعد القانون الدولي وسيادتها، وأن صلاتها الودية وفقا لميثاق الأمم المتحدة تقتضيها أن تتعاون مع بعضها البعض لضمان تقدمها، ولبناء أسس سليمة لحسن الجوار تنتهي بها فرص تعايشها وتداخل مصالحها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية- جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -قاعدة رقم ١٦ -ص ١٠٥، ١٠٦ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "نصية رقم ١٣١ لسنة ٥ قضائية دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -ص ١١٠ - ١١٣ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

على أن استقلال الدول عن بعضها، وتكافئها في السيادة، وإن حول كلا مسها، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستها لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التي تملئها توجهاتها الاقتصادية وسياساتها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز القول بإطلاقها؛ وإنما نقيدها القواعد الأمرة التي ارتضتها أسرة الدول سلوكا لأعضائها ببلور أعرافها التي استقر العمل عليها فيما بينها.

بما مؤداه أن القواعد التي تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها الذين يعبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشبههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها *The international minimum standard*، فلا تقاس تصرفاتها قبلهم إلا على ضوءها.

وكلما كان العمل الصادر عن الدولة متضمنا اغتيا لا للحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديدا لأثارها، أو كان دالا على سوء نيتها، أو إخلالها قصدا بواجباتها، أو منحذرا -سوجه عام- بمعاملتهم إلى مانون مستوياتها الدولية التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا العمل -من خلال الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية- لازما .

وما يقول به البعض من إهمال إحدى الدول للمعايير الدولية التي يجب أن تكفلها لغير المواطنين المقيمين بإقليمها، قد يتخذ ذريعة للتدخل في شئونها، مردود أولا: بأن الحقوق التي تكفلها هذه المعايير لهؤلاء، تتصل بحقوقهم في الحياة، وضد التمييز غير المبرر، وبحرمة حياتهم الخاصة، وصون شرفهم وسمعتهم، وكذلك بحرية العقيدة، وبضمان حريتهم الشخصية من خلال تكامل مقوماتها.

وهي بعد حقوق تنظمها تلك القيم التي تنقسمها الجماعة الإنسانية، والتي لا يمكن إرجاعها إلى عصر معين، ولا إلى زمن محدد، ولا القول بأنها نتاج ثقافة بذاتها، ولكنها تنظر إلى الإنسان -وطنيا كان أم أجنبيا- بوصفه بشرا سويا.

ومردود ثانيا: بأن الضوابط التي تطبقها هذه المحكمة في مجال الشرعية الدستورية، لا شأن لها بإقدام إحدى الدول نفسها في الشئون الداخلية لغيرها؛ وإن أثار ذلك مسؤوليتها وفقا لميثاق الأمم المتحدة.

ومردود ثالثاً: بأن المعايير الدولية التي تطبقها الدول على غير مواطنيها، لا يقتصر سريانها على من يكون منهم فرداً، ولكنها تمتد كذلك إلى كل مجموع منهم تضمهم وحدة قانونية لها ذاتيتها واستقلالها. وإهمال إحدى الدول لهذه المعايير، يناقض تدخل مصالحها، مع غيرها، وبخل بضرورة أن تكون لأعرافها -التي ارتضتها فيما بينها، والتي تحدد علاقتها بغير مواطنيها- قسيتها.

ولئن جاز القول بأن أعرافها هذه قد يكتنفها -من بعض جوانبها- قدر من الغموض في مجال تطبيقها، إلا أن وجودها قانوناً حقيقة مستعصية على الجدل. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون نكولاً من الدول التي نقضتها، عن التزاماتها وفقاً لقواعد القانون الدولي.

ومردود رابعاً: بأن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعلها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الدول المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين الذين يقيمون في غير دولهم؛ وكان التمييز في مجال هذه الحقوق -ولو كان من يطلبها أجنبياً- ينقضها بما يخل بالحماية المقررة في مجال تطبيقها، فقد صار محظوراً تفسير المعايير الدولية بأنها تخول فرداً أو جماعة أو تنظيمًا، أن ينال من الحقوق التي تنص بتطبيق هذه المعايير، سواء بمحوها أو بإيراد قيود في شأنها تجاوز تلك التي ترخصها الدول الديمقراطية وتتخذها قاعدة لسلوكها، وعلى الأخص على صعيد الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار.

ومردود خامساً: بأن المعايير الدولية المتقدم بيانها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تناهضها تأنيهاً الدول التي يقيم غير المواطنين بها، ولو بررتها بمجرد تطابقها مع تشريعاتها المعمول بها في شأن مواطنيها.

ذلك أن الحماية التي تكفلها تشريعاتها هذه، قد تقل عن تلك التي أنتجتها واقعة اتصال الدول فيما بينها، وضرورة تحقيق نوع من التدخل بين مصالحها في إطار معايير دولية تمثل بمستوياتها ما يكون ضرورياً لصون حقوق غير المواطنين بها، فلا يكون الفصل بين الأشخاص المعنيين بهذه الحقوق، وتولهم، مقبولا.

واستصحاباً لهذه المعايير، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة -وبمقتضى قرارها رقم ١٤٤/٤٠ المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣- إعلاناً في شأن حقوق غير المواطنين في البلد الذي يعيشون

فيه، مقررة سريان أحكامه فى شأن كل فرد يوجد فى إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ مع إلزامها بضرورة أن تتقيد فى كل تشريعاتها التى تنظم بها دخول غير مواطنيها إليها، وشروط إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق، بالحدود التى رسمتها التزاماتها الدولية، بما فى ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان؛ وبمراعاة أن تكفل تشريعاتها الوطنية، حقوقهم فى الحياة، وكذلك تأمين أشخاصهم ضد الاعتقال أو الاحتجاز غير المشروع، وصون حريتهم الشخصية التى لا يجوز الإخلال بها إلا وفقا للقانون، وبما لا يخل بالتزاماتها الدولية التى تقسارن ضمان هذه الحقوق.

ويؤكد هذا الإعلان كذلك، حق هؤلاء فى حرية التعبير، وتملك الأموال، والاجتماع ومغادرة البلد، وذلك كله وفق القيود التى يجوز أن تفرضها الدول الديمقراطية فى مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حماية أمنها القومى، ودعم نظامها العام، وصون أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها فى هذا الإعلان، وكذلك تلك التى قررتها المواثيق التى تنظمها.

ويتفرع حق غير المواطنين فى إدارة أعمال بنواتها فى غير أوطانهم -بما فى ذلك حقوقهم فى اختيار وكلائهم أو كفالتهم فى مجال تسييرها- عن جواز مباشرتها قانونا. فكلما خولتهم القوانين الوطنية حق مباشرة هذه الأعمال، كان لهم أن يديروها بالطريقة التى تلائمهم، بما فى ذلك اختيار من يصطفونهم لنقمتهم فى قدراتهم<sup>(١)</sup>.

٢٢٧- ويقع حق التقاضى وحق الملكية فى نطاق الحد الأدنى من الحقوق التى تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

ذلك أن لكل فرد -ولو كان أجنبيا- أن يتخذ ما يراه من التدابير لرد كل عدوان على حقوقه الثابتة التى تستمد وجودها من النظم القانونية المعمول بها فى الدولة التى يقيم بها؛ والتى يلزمها بالضرورة -من أجل اقتضاؤها- طلب الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لها .

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

فلا يكون الحق في اللجوء -على ما تنص عليه المادة ٨٦ من الدستور- إلا مكفولا للناس جميعهم -وبلا تمييز- كي توفر الدولة للخصومة القضائية في نهاية المطافها، حلا منصفاً يقوم على حيطة المحكمة واستقلالها، ويكفل عدم استخدام التنظيم القضائي كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها، تحاملا عليها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا على الأخص من خلال ضمانها حق غير المواطنين في الدفاع عن ملكيتهم بعد تلقيها أو كسبها وفقا للنظم القائمة.

وهي تؤسس حكمها في ذلك على أن للدولة -وبناء على ضرورة تفرضا أوضاعها الاقتصادية، أو تتطلبها إدارة علاقاتها الخارجية، أو توجبها روابطها القومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية- أن تفرض قيودا في شأن الأموال التي بحوز غير مواطنيها تملكها.

ولها كذلك أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التي يجوز لهم التعامل فيها، فلا يكون لتصرفاتهم بشأنها من أثر.

وللدولة السلطة الكاملة التي تقيد بها حق غير مواطنيها في تملك أموال بذواتها. ولها كذلك أن تمنعهم من تملكها وأن تعدل عن سياستها هذه، أو تغير فيها بما لا يناقض الدستور. ومن غير الجائز أن تجدد الدولة حق غير مواطنيها في اللجوء إلى قضاتها للدفاع عن حقوقهم التي كفلتها القوانين الوطنية؛ أو التي تجد ضمانها في الدستور.

ذلك أن نكولها عن أن توفر لحقوقهم هذه وسائل اقتضاها، أو إرهابها الحماية المقررة لها بأعباء تنوء بها، هو في واقعه وحقيقته القانونية، إنكار للعدالة تقوم به مسؤوليتها الدولية التي لا يرفعها عنها غير صون هذه الحقوق وردها إلى أصحابها حال الإخلال بها.

ذلك أن إنكار الحق في الترضية القضائية، سواء بمنعها ابتداء، أو بتوقيض فرص اقتضاها، أو بتقييدها متباطئة مترامية دون مسوغ، أو بإحاطتها بقواعد إجرائية معيبة بصورة جوهرية، لا يعدو أن يكون إهدارا للحماية التي يفرضها الدستور أو القانون للحقوق التي يكفلتها؛

وهذا للعدالة في جوهر خصائصها وادق توجهاتها، وبوجه خاص كلما كان طريق الطعن  
الفضائي لرد الأمور إلى نصابها، غير جائز أو غير منتج<sup>(١)</sup>.

---

(١) سورية عتيد - القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائه: تنازع - تنازع جلسة ١٢/١٧/١٩٩٤ - قاعده رقم ١٩ -  
من ٩٢٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ٤ قضائية: دستورية - جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ - العلقة  
رقم ١٩ - من ٢٠٧ - ٢٠٨ من الجزء السادس.



### المبحث السابع

#### قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية

##### في تشكيلها وبيان مضمونها

٢٢٨- ويبدو تأثير المحكمة الدستورية العليا عريضا في كثير من المسائل التي ينظمها القانون الخاص، خاصة فيما يتعلق بصون الملكية الفردية، وضمان حرية التعاقد، والحق في العمل. ذلك أن الحق في التنمية يرتبط بإثراء روافدها وتعميق أدواتها، سواء كان الاستثمار وطنيا أو عربيا أم أجنبيا. ولا يجوز بالتالي أن تفرض عليها الدولة قيودا جائرة؛ بما ينال من تدفقها أو يعطل حركتها دون مقتضى.

ولأن الملكية الخاصة تمثل في علاقتها بالتنمية أهم روافدها، فقد كان على المحكمة الدستورية العليا أن تؤكد الحماية التي كفلها الدستور لها، وأن تحول -بأحكامها- دون انتهاكها من خلال قيود تعطّل جوهرها أو تنتقصها من أطرافها.

على أن الملكية -رِبالرغم من حيوية وظائفها- إلا أن الملاحح الاشتراكية لهذا الدستور التي أفرزتها مفاهيم الميثاق، والمؤتمر الوطني للقوى الشعبية، كن لها ظلّالها القائمة على الحياة النيابية<sup>(١)</sup> والاقتصادية في مصر<sup>(٢)</sup>. ومن ثم لم ينص الدستور على حرية التعاقد التي تتناقض -في تقديره- ضرورة السيطرة على رأس المال الخاص في مصادر تكوينه ونواتجه.

بيد أن حرية التعاقد التي أهمل الدستور النص عليها، هي ذاتها التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا بما تقرر في أحكامها من أن تأمين الحرية الشخصية لا يقتصر على حمايتها في مواجهة صور العدوان على البدن. وإنما تقع في نطاقها كذلك إرادة الاختيار حتى لا يحمل أحد على القول بما لا يرضاه.

(١) من بين هذه المفاهيم أن يكون للعمال والعاملين في المجالس النيابية مقاعد لا تقل عن نصفها، وهو نص لا مقابل له في الدساتير المقارنة جميعها، وبذل على أن الذين صاغوه، والذين يدافعون عنه، أرادوا أن يحكموا قضايتهم على الحياة النيابية من خلال مفاهيم غوغائية ليس لها من صلة بإرادة الاختيار، التي ينبغي أن يملكها كل مواطن بحدّ ذات

(٢) من بينها ما نص عليه الدستور من أن للعمال مكاسب اشتراكية، دون أن يعنى بيان هذه المكاسب التي لا يتصور أحد أن يكون الدستور قد قصد إلى تساقط مزاياها على العمل بغير جهد من جانبهم.

## المطلب الأول

### حق الملكية

#### الفرع الأول

##### مفهومها

٢٢٩- تنفرد الحقوق العينية جميعها عن الملكية الفردية كحق عيني أصلي. بل إن هذه الملكية تعتبر جماع غيرها من الحقوق العينية، وأوسعها نطاقاً، وأكثرها قوة.

ولئن صح القول بأن الملكية الفردية للمعتبرة أصل الحقوق العينية جميعها، تخول صاحبها السلطة المباشرة على الشيء محلها تصرفاً واستغلالاً واستعمالاً، لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، يستخلصها منها دون وساطة أحد؛ وكانت الحقوق الشخصية هي التي ترتبط بعددين معينين أو بمدينين معينين، وبوساطتهم يكون اقتضاء الدائن لها؛ إلا أن التمييز بين الملكية الفردية، وبين الحقوق الشخصية على هذا النحو، لا يزال من كونها من الأموال. ذلك إن الحقوق العينية التي تقع على عقار -بما في ذلك حق الملكية- تعتبر مالا عقارياً. أما الحقوق العينية التي تقع على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية -أيما كان محلها- فإنها تعد مالا منقولاً.

ويتعين بالتالي أن تمتد الحماية التي تكفلها المادة ٣٤ من الدستور للملكية الخاصة في سعيها لتأمين الأموال جميعها من العدوان عليها، وبما يردع مغتصبها<sup>(١)</sup> إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء. ذلك أن التفريق بينها في مجال هذه الحماية، يناقض مقاصد الدستور.

#### الفرع الثاني

##### جنورها

٢٣٠- حرص الدستور على إعلاء الملكية الخاصة، وجعلها قرين التقدم، وربط حمايتها بصون الأمن الاجتماعي.

(١) "دستورية عليا" -الفضية رقم ٢٣ قضائية دستورية- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨٤ - ١٨٥ من الجزء السادس: والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ -ص ١٣٤ من الجزء السابع.

ومن ثم كفلها لكل فرد -وطنياً أو أجنبياً- ولم يجز الإخلال بحرمتها إلا استثناء، وفي الحدود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، لضمان فعالية ممارستها.

ذلك أن الملكية تعود في الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال؛ وحرص بالعمل المتواصل على إيمانها؛ وبالحماية التي أحاطها الدستور بها، على أن يكفل للتنمية أهم أدواتها، ولإرادة الاختيار مقوماتها، فلا يختص غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، كي يستبد بها دون غيره، حتى لا يناجز سلطته عليها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من الآخرين، وليلتصم من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، ونقيها تعرض الأغيار لها (١).

### الفرع الثالث

#### أهميتها

٢٣١- حق الملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها. وبقدر تعدد روافدها وتوسع استخداماتها، تنسج قاعدتها، لتشكل نهراً دافقاً بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التفریط فيها، أو بعثرتها تبديداً لقيمتها.

### الفرع الرابع

#### القيود عليها

٢٣٢- لا يجوز تنظيم الملكية بما يخل بالتوازن بين الحقوق التي تنفرع عنها، وضرورة تقييدها نأياً بها عن الانتهاز أو الإضرار بحقوق الآخرين.

ذلك أن الملكية لم تعد حقاً مطلقاً في إطار النظم الوضعية التي تزواج بين الفردية وتكامل الدولة. وليس للملكية كذلك من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم سماع تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية.

(١) 'دستورية عليا' - الفصية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية 'دستورية' حصة ١٩٩٤/١٢/٣ - القاعدة رقم ٣٠ - ص ٣٩٠ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية 'دستورية' - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١١٦ من الجزء السابع.

وهي قيود لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التي ينبغي أن ترصد عليها على ضوء واقع اجتماعي معين في بيئة بذاتها، لها توجهاتها ومقوماتها.

وفي إطار هذه الدائرة، يفاضل المشرع بين عدد من البدائل ليرجح من بينها ما يراه أكفـل للمصالح الأولى بالرعاية، مستهديا في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تتحاز إليها الجماعة في مرحلة من مراحل تطورها؛ وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة التي ارتبط بها.

ولئن كان كل تنظيم لحق الملكية ينبغي أن يكون واقعا في حدود منطقية لا تكون الملكية معها سرايا، ولضمان ممارستها بما يكفل تحقيقها لوظائفها؛ فقد تعين القول بأن تنظيم الملكية لا يجوز أن يكون منتهايا بمداه إلى حد أخذها من أصحابها -لا عن طريق نقل سندها ملكيتها إلى غير- بل من خلال تقيؤ قيمتها الاقتصادية بصورة جوهرية مع بقاء ملكيتها لأصحابها.

ذلك أن الملكية هي المزايا التي تنتجها، فإذا انقص المشرع عليها، صار عنوانه مؤديا عملا إلى حرمان أصحابها منها، والاستيلاء على ملكهم بصورة فعلية.

ولا يجوز بالتالي اقتلاع ثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها أو اقتحامها أو امتصاصها، ولو ضل أصحابها يملكون السيطرة الفعلية على الأموال محلها.

وكما تدخل المشرع لتنظيم الملكية فيما يجاوز وظيفتها الاجتماعية، كان ذلك التعاقبا محظورا حولها، ولو تدرج المشرع بتوخيـه مواجهة بعض الأوضاع الاقتصادية بقصد إعادة ترتيبها.

ذلك أن صون الدستور للملكية الخاصة مشروط ألا تكون منظوية على الاستغلال وألا تنقض طرق استخدامها الخير العام لمجموع المواطنين.

ولا يجوز بعد استيفائها لهذه الشروط مصادرتها أو تقليصها. ذلك أن وجودها وزوال جوهرها، لا يتلاقيان <sup>(١)</sup>.

ولم يعد جائزا بالتالي أن يجرد المشرع الملكية من لوازمها، ولا أن يقوض عناصرها ولا أن يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها؛ ولا أن يغير من طبيعتها؛ ولا أن يدمر أصلها؛ ولا أن يفقد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تملئها وظيفتها الاجتماعية.

ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العنوان عليها غصبا واقتنسا على كيانها أدخل إلى مصادرتها <sup>(٢)</sup>.

#### الفرع الخامس

#### منابتها الشرعية

٢٣٣- لا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية التي لا تبديل فيها، تنظيم الملكية. ذلك أن الأصل في الأموال جميعها، هو أن الله تعالى بسطها وإليه مرجعها، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسؤولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضراراً. يقول تعالى: <وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه>.

وليس ذلك إلا نهياً عن الولوغ بها في الباطل. وتكليفاً لولي الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد ينفقها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها متخذاً طرائق تتأقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. ومن ثم كان لولي الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كسان شأراً محضاً يزيد من الضرر، ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر الذين الفاحش.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - ص ٥٨١ - ٥٨٣ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٨ - ٥٤٧ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١١٦ من الجزء السابع.

فإذا تَرَاحم ضروران، كان تحمل أھونھما لازماً لنقاء لأعظمھما، ویندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

وينبغي بالتالى أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا نتنافر. نللك أن الملكية خلافة. وهى باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التى تعكس بالقیود التى تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها. وهى حدود يجب التزامها لأن العدوان علیها یدرج الملكية عن دائرة الحماية التى كفلها الدستور لها<sup>(١)</sup>.

#### الفرع السادس

##### سقوط الحق فيها

٢٣٤- لحق الملكية خاصية تميزه عن غيره من الحقوق العينية -الأصلية منها والتبعية- تتمثل فى أن الملكية وحدها، هى التى تعتبر حقاً دائماً.

وتقتضى طبيعتها هذه، ألا يزول الحق فيها بعدم الاستعمال، أيا كانت المدة التى یدرج فيها الشئ من حیاة مالكة. فلا تسقط الملكية، ولا الدعوى التى تحميها بالتقادم. بل يجوز لصاحبها أن یقیم دعواه باستحقاقها، ولو طال زمن خروجها من یده، ما لم یكن غيره قد كسبها وفقاً للقانون<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع السابع

##### فرض الحراسة علیها

٢٣٥- لا يعتبر الأشخاص الطبيعيون الخاضعة أموالهم للحراسة، فى مركز مغاير لغير المشمولين بها فى مجال طلبهم استردادها من الدولة.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١-ص ٣٦ و ٣٧

(٢) الحكم السابق -ص ١٣٤؛ والحكم الصادر فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية دستورية -جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٤ -ص ١٩٢ من المجلد الثنى من الجزء الخامس.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ولا يتمايزون عن بعضهم البعض إلا فى واقعة بعينها هى خضوع الأولين لتدابير الحراسة الاستثنائية التى فرضتها الجهة الإدارية فى شأنهم نكالا، بقصد إخراج بعض أموالهم من أيديهم ختالا. وهو ما يعد قرين اغتصابها.

ذلك أن من غير المتصور وقد جرد الدستور واقعة الحراسة من كل أثر، فاجتثها من منابئها حتى لا تصير شيئا- أن تولد هذه الواقعة قانونا، حقا لأحد، ولا أن يتعلق بها التزام بعد أن هدمها الدستور، وأعدم آثارها، وجعلها هشيما.

ولا يسوغ بالتالى أن تزول واقعة طمسها الدستور، إلى الانقاص من حقوق هؤلاء الذين ناعوا بعينها.

ذلك أن كل واقعة لا استواء لها، ليس لها من عمد ترفعها، ولا من كيان يقيمها، ولا قرار لها، بل تنهدم من أساسها لتفقد وجودها من مبدئها، إذ هى ساقطة فى ذاتها، فلا وضع لـسها، ولا اعتداد بها؛ وحسبها أنها غير شئ.

إذ كان ما تقدم، وكان لا يجوز أن تختص فئة ممن يملكون بحقوق يستقلون بها، ولو كان من حرموا منها يساؤونهم فيها؛ وكان الأصل فى الملكية أنها تعتبر حقا دائما، فلا تزول بالتراخي فى استعمالها أمدًا، ولو كان بعيدًا، بل يظل صاحبها متمتعًا بالحق فى حمايتها وأن ترد إليه عند اغتصابها، إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره طبقًا للقانون؛ وكان من المقرر كذلك أن الحماية التى أضفاها الدستور على الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تنحصر فى الملكية الفردية كحق عينى أصلى تنفرع عنه الحقوق العينية جميعها؛ ويعتبر أوسعها وجماعها؛ وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها -ودون تمييز بينها- باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصيا أم عينيا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية؛ وكان الناس جميعهم لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى؛ ولا فى نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا فى فعالية ضمانات الدفاع التى يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التى يدعونها؛ ولا فى اقتضاؤها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها؛ فقد تعين أن يكون للحقوق عينها، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استدلائها، أو الطعن فى الأحكام التى تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر في شأن أعماله هذه القواعد، بما يعطى الفريق من بينهم أو يقيدها، وبوجه خاص على صعيد الفصل بطريقة منصفة في حقوقهم المدنية و التزاماتهم؛ وكان ثابتاً كذلك، أن طرق الطعن في الأحكام لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليقوم من خلال سبل تقويم اعوجاجها، وإنما هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تنتاولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها علناً أصلاً إلى انفتاح هذه الطرق أو انغلاقها، فإن التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية Identically Situated في مجال النفاذ إلى فرصها، يكون محظوراً.

ذلك أن التمييز بين المراكز القانونية، لا يفترض وحدة معطياتها، وإنما تخالفها -ولو فسى بعض العناصر التي تكونها، وبافتراض مشروعيّتها جميعها- لتتناظر أجزاؤها.

ولا يتصور بالتالي أن تكون واقعة فرض الحراسة في ذاتها على أموال الأشخاص الطبيعيين، متخللاً إلى التمييز بين مركزين قانونيين. ذلك لأن انعدامها لا يضيفها إلى أيهما<sup>(١)</sup>.

على أن إرادة الاختيز، وإن كانت تمثل نطاقاً للحرية الفردية يرعى مقوماتها، ويكفل جوهر خصائصها، إلا أن الدائرة التي تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغي قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقاً بذاتيتها.

### المطلب الثاني

#### حرية التعاقد

٢٣٦- اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن حرية التعاقد فرع من الحرية الشخصية التي لا تقتصر الحماية التي يكفلها الدستور لها على تأميناها ضد صور العدوان على البن، ولكنها تتسع لتشمل إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بسببها كأنها يحمل على ما لا يرضاه، بل بشراً سوياً متكامل الشخصية.

(١) "دستورية عليا" - الغصية رقم ٩ لسنة ١٦ فصائية دستورية - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - من ١٢٩ من الجزء السابع.



بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقاً طبيعياً لازماً لكل إنسان تطويراً لإرادة الخلق والإبداع؛ وانحيازاً لطرائق في الحياة يختارها؛ يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية لا تكون بها هذه الحرية إلا حقاً موصوفاً A qualified right.

ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسياها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يذنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها؛ بين مروقها مما يحد من اندفاعها، ورددها إلى ضوابط لا يملئها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يرخصها المشرع عليها، تقديرًا بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض<sup>(١)</sup>.

ومن ثم لا تعني حرية التعاقد، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها.

ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن بعض العقود -حتى ما يكون واقعاً منها في نطاق القانون الخاص- قيوداً يراعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها.

وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن. وتقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" المحكوم فيها بجلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - نشر هذا الحكم في ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع - إن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقاً للحرية الفردية يرعى جوهر خصائصها ويكفّل مقوماتها، إلا أن الدائرة التي تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغي قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقاً بذاتيتها كالحق في اختيار الزوج وأن يتخذ الشخص ولداً.

وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها محورا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل.

ولا زال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيميا جماعيا ثابتا Contracts Collectifs تلك التي تتعلق بالتنظيم النقابي<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حرية التعاقد -فضلا عن كونها فرع من الحرية الشخصية يتكامل معها ويدعم خصائصها- إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية؛ وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها.

ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم أدائها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها؛ أو التي تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوق مفتوحة؛ وكان من المقرر أن للسلطة التشريعية أن تعيد تنظيم بعض العقود لتحيط بعض جوانبها بقواعد أمرة لا يجوز الخروج عليها لمصلحة قدرتها، إلا أن هذه السلطة لا يسعها أن تدمر الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بئس يجوز أن يتدخل المشرع ليحلمها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلقها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها -والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام- لا يجوز اغتيالها بنمائها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحسوا كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، مثلما في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها<sup>(٢)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٨ -ص ١٥١ من الجزء المنع

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٦ من الجزء المنع.

وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك، أن العقود التي يبرمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيها المشرع، أي كانت توافقه إلى ذلك. ذلك أن المصلحة التي يحميها الدستور -من خلال أحكامه- هي الأولى بالاعتبار، وينبغي تغليبها على ما سواها.

فضلا عن أن الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة، لا تقتصر على ما هو قائم فعلا من مصادرها التي استقام بها الحق في الملكية صحيحا وفق أحكام الدستور، ولكنها تمتد بداية إلى ما هو مشروع من صور كسبها التي تعد سببا لتلقيها أو لانتقالها من يد أصحابها إلى آخرين، فلا يكون تقييد دائرتها جائزا.

فالأموال التي نملكها، وكذلك ما يؤول إلى أعيان من عناصرها، هي التي قصد الدستور إلى صونها، ولم يجز المساس بها إلا استثناء، وبمراعاة الوسائل القانونية السلمية التي تقارن حق إنشائها وتغيير سندها. وينبغي بالتالي النظر إلى الحماية التي تشملها بما يقيما وفق مفاهيم الحرية التي يمارسها الأفراد تعبيراً عن نواتهم، وتوكيدا لحدود مسئولياتهم عن صور نشاطهم على اختلافها. فلا يكون صون الملكية إلا ضمانا ذاتيا لأصحابها، يرد عن ملكيتهم كل عدوان ينال من عناصرها<sup>(١)</sup>.

كذلك، فإن الأصل في العقود -باعتبارها شريعة المتعاقدين- تقوم بنصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها- هو ضرورة تنفيذها بحسن نية في كل ما تشتمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

وكلما نشأ العقد صحيحا ملزما، كان تنفيذه واجبا، فقد التزم المدين بالعقد، فإذا لم يتم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو إهمال، أو عن مجرد فعل لا يقترن بأيهما.

ومن ثم تظهر المسؤولية العقدية باعتبارها جزءا إخفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما، وهي تتحقق بتوافر أركانها. وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم إلى جانبها مسئولية جنائية، فلا يكون اجتماعهما منافيا للدستور.

(١) "دستورية عليا" -القطيعة رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٤ -

وكلما فرض المشرع جزاء جنائيا على واقعة إخلال المدين بالتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، بل كان العقد مصدره المباشر، فإن إيقاع هذا الجزاء لا يكون مخالفا للاستور، بشرطين:

أولهما: أن يكون هذا الإخلال قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

ثانيهما: أن يكون المشرع قد حدد بصورة واضحة وكاملة عناصر الجريمة التي واجهها، بما ينفي التجهيل بها<sup>(١)</sup>.

ومن المفرد كذلك أن الترخيص لغير المواطنين في امتثال أعمال بذواتها، يفيد بالضرورة حق من مباشرونها في اختيار وكلاء عنهم بنوبون عنهم في إدارتها.

ذلك أن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعل منها جزءا لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة في مجال مباشرتها؛ والتي لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحدا أو جماعة لم تنظيميا سياسيا، أن ينال من الحقوق التي نقارنها ولو كان من يطلبها أجنبيا.

فضلا عن أن الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار -على ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين. ويتفرع الحق في إدارة أعمال بذواتها، عن جواز مباشرتها قانونا. ويفترض أن تخلص لأصحابها تنظيم شؤونها، بما في ذلك اختيار وكلائهم أو كفلائهم في مجال تسييرها، فلا ينهض بمسئوليتها غير من يصطفونهم لتقتهم في قدراتهم<sup>(٢)</sup>.

(١) "تسوية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "تسوية" - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٧ -ص ٨٥٥ - ٨٥٦ من نحرء الثمن.

(٢) "تسوية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "تسوية" - جلسة ٢/٨/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٨٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

المطلب الثالثحق العملالفرع الأولخصائص هذا الحق

٢٣٧- ليس حق العمل من الرخص التي تقبضها الدولة أو تبسطها وفق إرادتها، ليتحدد على ضوءها من يتمتعون بها أو يمتنعون عنها. وإنما قرره الدستور باعتباره شرفاً لمن يلتزم الطريق إليه من المواطنين، وواجباً عليهم أدائه، وحقاً لا ينهدم، فلا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهره، بل يعتبر أدائه واجباً لا ينفصل عن الحق فيه؛ ومدخل إلى حياة لائقة قوامها الأطمئنان إلى غد أفضل.

ومن ثم كان هذا الحق وثيق الصلة بالحق في الحياة؛ كافلاً تكامل الشخصية الإنسانية واستثارة قيم الخلق والإبداع؛ نائياً بأوضاع العمل عن رتابتها وآلياتها وجمودها؛ لا ينفصل عن جدارة من يتولاه، وإلا كان نهبا لكل طارق<sup>(١)</sup>؛ نابذاً الإخلال بالشروط المنطقية التي يقتضيها، بما في ذلك أشكال التحامل التي تضر بقيمة العمل، وتحمل العمال على التخلي عن واجباتهم؛ أو على الأقل تنهيبهم عن متابعتها.

ولا يجوز كذلك فصل الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع للعاملين، عن مسئولية اقتضائها، ولا مقابلتها بغير واجباتها، ومدخلها بالضرورة ألا تتماثل المزايا التي ترتبط بالعمل، على من يطلبونها بغير جهد منهم يقارنها ويماندلها، وإلا كان عبوها فادحاً، وإضرارها بالثروة القومية عميقاً.

وكلما كان العمل مرءاً من الاستغلال، وغير مقترن بمزايا لا يرتبط عقلاً بها، صار طريقاً لتحرير الوطن والمواطن<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ - قاعدة رقم ٣١ - من ٥٠٠ - ٥٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٣ - من ٣٦٤ - ٣٦٥ من الجزء الثامن.

وعلى الأخص إذا كان ذهنيا قائما على حرية الخلق والإبداع، ومنتها إلى تطوير أشكال من الحياة بما يثرىها، ويكفل تحقيق الأغراض التي تنص عليها المادة ٤٩ من الدستور التي صاغها لضمان حرية الإبداع فنيا وأدبيا وثقافيا -بما في ذلك حرية إجراء البحوث العلمية التي تنفرد عنها فضلا عن استنصار وسائل تشجيعها- مؤكدة بذلك أن لكل فرد مجالا حيويا لتطوير ملكاته وقدراته، فلا يجوز تحيئتها أو فرض قيود جائرة تحد منها.

ذلك أن حرية الإبداع تعمل جوهر النفس وأعمق معطياتها. وصقل عناصر الخلق فيها وإنكاؤها، كإلهامها فلا تكون بليدة أو هامدة. بل إن التقدم في عديد من مظاهره يرتبط بها<sup>(١)</sup>. وليس إهدار عناصر القوة البشرية أو تحييدها أو تحيئتها، غير تبديد لطاقتها، وإعراض عن استثمار ملكاتها، بما يثير اضطرابا داخل مجتمعاتها، ويخل بما ينبغي أن يتوافر فيه من ضوابط التوازن بين من يملكون فرص العمل، ومن يسعون للنفوذ إليها حقا وعدلا.

ولا يجوز على الأخص -وعلى ضوء ما تقدم- أن يظل المعوقون مؤاخذين بعاهاتهم وعوارضهم لا يملكون دفعها أو تقويمها.

ذلك أن تنظيم أوضاع المعاقين -وطنيا كان أم دوليا- توحي دوما ضمان فرص يتخطون بها عوائقهم، ويتغلبون من خلالها على مصاعبهم، ليكون إسهامهم في الحياة العامة ممكنا ومنتجا. يؤيد ذلك أن نواحى القصور التي تعرض لهم، مردها إلى عاهاتهم، ومن شأنها أن تقيد من حركتهم، وأن تنال بقدر أو بأخر من ملكاتهم، فلا يكونون "واقعا" متكافئين مع الأسوياء حتى بعد تأهيلهم مهنيا، لتبدو مشكلاتهم غائرة الأبعاد، لا تلائمها الحلول المبتصرة. بل تكون مجابهتها، نفاذا إلى أعماقها، حق المعوقين حتى يكونوا أكثر فائدة، وأصلب عودا، وأوثق اتصالا بأمتهم.

وكان لازما وقد نعتز على المعوقين "عملا" أن تتكافأ فرص استخدامهم مع غيرهم، أن يكون هذا التكافؤ مكفولا "قانونا" على ضوء احتياجاتهم الفعلية، وبوجه خاص في مجال مزاولتهم لأعمال بعينها، أو الاستقرار فيها، على أن توازن متطلبتها بعوارضهم التي تنال من قدراتهم عضويا أو عقليا أو حسيا، لتتصاعل فرص اعتمادهم على أنفسهم.

(١) القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٣ مايو ١٩٩١- قاعدة رقم ٨/٣٧ -ص ٥٧٩ من الجزء  
التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم حرص المشرع على تأهيل المعوقين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة ليقربهم من بيئتهم، وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم في العمل، لا يعتمدون في ذلك على نوازع الخير عند الآخرين، ولا على تسامحهم، بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التي يقدمونها للمعوقين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم، ومباشرة مسؤولياتهم كأعضاء في مجتمعاتهم، تمنحهم عونها، وتقللهم من عزلاتهم.

وليس ذلك تمييزاً جائراً يفاضل بين المعوقين وغيرهم ليجعلهم أشد بأساً، أو أفضل موقعاً من سواهم. وإنما خولهم المشرع تلك الحقوق التي يقوم الدليل عليها على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعيد إليهم توازنهم داخل عوارضهم.

وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيدا لجدارته بالحياة اللائقة.

يدعم ما تقدم، أن الأصل في كل تنظيم شرعي أن يكون منطوياً على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها  
Legislators may select different persons or groups for different treatment, since classification is inherent in legislation.

ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية rational relationship بين الأغراض المشروعة التي اعتتها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها.

فلا تتفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها، بل يجب أن يُعَدَّ منخلًا إليها Appropriate means to the attainment of justifiable ends.

بما مؤده أن حق المعوقين في فرص العمل التي أتاحها المشرع لهم، لا يجوز فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي حرص المشرع على تحقيقها من خلال ضمان هذه الفرص (١).

(١) دستورية عليا - التصية رقم ٨ لسنة ١٦/٥/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩  
وما بعدها من اجراء الثامن.

ذلك أن تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية يتعين ضمانها في شأن المعوقين، تأخذ واقعهم في اعتبارها، ولا تتحى مشكلاتهم عن دائرة اهتمامها، بل توليها ما تستحق من الرعاية، لنقدم لهم عوناً يلتزم وأوضاعهم، نزولاً على حكم الضرورة، وبقدرها، فلا يغمطون حقاً.

وليس للدولة أن تحجبهم عن فرص العمل، ولا أن تمنحهم معاشاً يكون بديلاً عنها. ذلك أن طبيعة عوائقهم -ولما كان مصدرها أو درجة خطورتها- لا تناقض حقهم في حياة ملائمة يتخطون بها صعابهم، وتكون كرامتهم قاعدتها؛ واعتمادهم على أنفسهم مدخلها؛ فلا تكون احتياجاتهم الخاصة أوزاراً ينوون بها.

### الفرع الثاني

#### الشروط الموضوعية للحق في العمل

٢٣٨- من المقرر أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، فلا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه بغواتها. ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها<sup>(١)</sup>.

وإذ كان لكل حق شروط يقتضيها وآثار يرتبها، من بينها في مجال حق العمل، ضمان الأوضاع التي يكون أداء العمل في إطارها إنسانياً ومنصفاً وموالياً، فقد تعين ألا تتنزع هذه الشروط قسراً من محيطها؛ ولا أن يكون مضمونها انحرافاً بها عن مقاصدها ليكون مبناهما التحامل؛ أو لتناقض بفحواها ما ينبغي أن يرتبط حقاً بالأوضاع الطبيعية لأداء العمل<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الإطار يجب أن يكون أجر العمل وحوافزه، جزءاً منصفاً لجهد العامل، وأن يكون زمن العمل كذلك موثقاً بالشروط الموضوعية التي ينبغي أن يمارس العمل في نطاقها، ولو لم

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص ١٢٩٠ - ١٢٩١ من الجزء الثامن.

انظر كذلك "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٣٠٩ من الجزء السادس.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ - قاعدة رقم ٤٠ - ص من الجزء السابع.



يتخذ التمييز في نطاق هذه الشروط، شكل آثار اقتصادية، بل كان أثره منحصرا في الإضرار بمشاعر العاملين وصحتهم النفسية. ذلك أن التحامل في شروط العمل وظروفه، يعنى عنصرية البيئة التي يمارس فيها أو انحرافها.

بما مؤده أن الشروط الموضوعية وحدها، هي التي يعتد بها في مجال تقدير العمل وتحديد أجره؛ والأحق بالحصول عليه؛ والحقوق التي يتصل بها؛ وأشكال حمايتها، ويندرج تحتها ألا تقع المفاضلة بين العاملين إلا على ضوء تميزهم في أداء العمل؛ وألا تتألف مباشرة العقيدة التي يؤمن العامل بها؛ وألا يحاط بأوضاع يكون بها أكثر إرهاقا وأقل أجرا. فلا يكون منتجا، ولا كافلا لضمانة الحق في الحياة واحدا من أهم روافدها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الآثار القانونية المترتبة على الحق في العمل

٢٣٩- كذلك فإن ما نص عليه الدستور من اعتبار العمل حقا، يفيد بالضرورة ألا يتقرر هذا الحق إيثارا، وألا يمنع تضاضا؛ وألا يكون تنظيم ذلك الحق مناقضا لفحواه؛ ولا نوع أو أجر العمل طاردا للراغبين في الحصول عليه؛ وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا؛ متوخيا دوما- ومن خلال الشروط الموضوعية- تطوير أنماط الحياة وتشكيلها في اتجاه التقدم، على أن تدعمه برامج رائدة تزيد من خبرة العامل وتتميمها، وتعين على تعاون العمال فيما بينهم، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل في إطاره إسهاما وطنيا، وولجبا<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٥٩ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٤٣ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق الصادر في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - ص ٥٥٩ من الجزء السابع.

### الفرع الرابع

#### الحمل على العمل

٢٤٠- الأصل في العمل أن يكون إراديا قائما على الاختيار الحر، فلا يحمل عليه المواطن حملا، إلا أن يكون ذلك تديرا استثنائيا مقررا بقانون، متوخيا مواجهة أوضاع لها من خطورتها -كحريق أو فيضان أو زلزال أو أمراض وبائية أو مجاعة مستفحلة- ما يقتضى التعاون على دفعها؛ ومن حدة طروئها ما يحتم أن يكون العمل تكليفا، وموقوتا. فإذا كان مؤبدا، تعذر أن يكون مبررا بالضرورة أيا كان مداها، ولو كُنَّ بمقابل عادل، وغدا لو بنا من المسخرة التي دمغها الدستور بمجافاتها للحق في العمل باعتباره شرفا. ذلك أن المسخرة، نقيض اختيار العمل أو التطوع لادائه. ومن ثم شرط نص المادة ١٣ من الدستور لأداء العمل جبrea، أن يكون مقيدا بزمـن محدود، وبمقابل عادل، وفي حدود القانون، ولازما لإشباع غرض عام. فلا يساق المواطن إلى عمل لا يرضاه. ذلك أن علائق العمل، تفترض شراء جهة الاستخدام لقوة العمل بعد عرضها عليها. وهو ما يفيد توافق إرادتين على أداء العمل<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس

#### الحق في الأجر العادل

٢٤١- لا تنفصل عدالة الأجر عن الأعمال التي يؤديها العامل، سواء في نوعها أو كمها، فلا عمل بلا أجر. ويقتضى إعلاء قدر العمل والارتقاء بقيمته، حمل الدولة على تقدير من يمتازون فيه، ليكون التمايز في أداء العاملين لديها، مدخلا إلى المفاضلة بينهم. وهو ما يعنى بالضرورة أن الشروط الموضوعية هي التي يعتد بها في تقدير العمل وتحديد أجره، والأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها. والحقوق التي يتصل بها، وأشكال حمايتها واقتضاها.

ولا يكون الأجر مغابلا للعمل إلا بشرطين:

أولهما: أن يكون متناسبا مع الأعمال التي أداها العامل محددة على ضوء أهميتها وصعوبتها، وتقديرها، وزمن إنجازها.

(١) القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٩/١ - قاعدة رقم ٥٣ - ص ٨٢٧ - ٨٢٨ من الجزء الثامن.

ثانيهما: أن يكون مناط التقدير موحدًا، فلا تتعدد معايير تقديره التواء أو انحرافًا حتى لا يمتاز بعض العمال على بعض، إلا وفق أسس موضوعية تقتضيها كافة العوامل ذات الصلة بالعمل.

بما مؤداه أن قاعدة التماثل في الأجر للأعمال ذاتها، تفرضها وتقتضيها موضوعية الشروط التي يتحدد الأجر في نطاقها<sup>(١)</sup>.

وتبين المحكمة الدستورية العليا، كافة العناصر الموضوعية التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي وذلك بقولها:

>>الأصل المقرر قانونًا، أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي تنفيذًا لعقد الوكالة، مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها، وبقدر أهميتها.

ويتعين بوجه عام أن يقدر أجر كل محام بمراعاة كافة العوامل التي تعين على تحديده تحديدًا منصفًا، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها. أولاً: حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي، وكان لازماً لإنجاز الأعمال التي وكل فيها. ثانياً: جدة المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها. ثالثاً: ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. رابعاً: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامساً: الأجر المقرر عرفاً مقابل معقولاً لها. سادساً: القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على محاميه لإنجاز الوكالة، وكذلك تلك التي أملت ظروفها. سابعاً: النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يسترد النزاع حولها. ثامناً: مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة. تاسعاً: طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه، وعمق امتدادها في الزمان. عاشراً: الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية المشار إليها أنفاً ص ٥٥٩ - ٥٦٠ من الجزء السابع؛ ونقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١/١٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٤٤٦ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - جلسة ٢٠٠٠/١/١ - قاعدة رقم ٥٥ - ص ٤٥٣ - ٤٥٤ من الجزء التاسع.

الدعوى المماثلة. حادي عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملائمتها<sup>(١)</sup>.

وإذا كان اقتضاء الأجر العادل مشروطاً حتى في العمل الذي يتجر عليه العامل، وذلك عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور، فإن أداء الأجر كمقابل لعمل أداء العامل اختياراً، في إطار رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ترتبط طرفاً بها، يكون بالضرورة أحق بالإبقاء كضمانة كفلها الدستور يحزر بها إسهام المواطن في الحياة العامة، والتمكين من القيم الأصلية التي ينبغى أن تتحلى الجماعة بها<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع السادس

#### القيود على الحق في العمل

٢٤٢- يتعين في الشروط التي يفرضها المشرع لأداء حرفة أو مهنة بذاتها، أن ترتبط عقلاً بمطلباتها، وأن يكون فرضها لازماً لضمان حسن القيام بها، ملتزماً مع طبيعتها، وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرافاً عن مضمونها الحق، والتواء بمقاصدها، وإرهاقاً لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغى أن يهيم عليها من القيم التي تلو بقدر العمل، ولا تخل بطبيعة الشروط التي يقتضيها، وبوجه خاص كلما دل تطبيقها على مناهضتها لتكافؤ الفرص، أو تمييزها دون مقتضى بين المتراحمين على العمل، أو إنكارها لحقهم في الأمن - اجتماعياً أو اقتصادياً أو نفسياً - أو إضرارها بالأوضاع الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم.

وما ينصر عليه المشرع من حرمان الأشخاص الذين تزيد أعمارهم على سن معينة، من الالتحاق ببعض الأعمال، لا يستقيم كلما تقرر هذا الحرمان في صيغة مطلقة تنافي طبيعة هذه الأعمال وشروط أدائها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٨٢ و ١٨٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية علو" - العينة رقم ٢١ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٨.٧/١٥ - ص ١٠٨ - ١٠٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والعينة رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥، القاعدة رقم ٣٥ - ص ٤٤٩ - ٥٠٠ من الجزء السادس.

ذلك أن من بين تلك الأعمال ما يتصل ببعض المهن الحرة التي تقتضى ممارستها جهداً عقلياً صرفاً من القائمين عليها. ولا شأن لها بمظاهر القصور فى قدراتهم البدنية، وما يتصل بها عاطفياً وجسمانياً من تغيير يؤثر سلباً وعملاً فى إمكاناتهم.

فلا يكون شرط السن عندئذ مقبولا، إلا إذا كان مبررا بطبيعة الأعمال التى يعهد إلى العامل بها، ونطاق واجباتها ومسئولياتها، ليتحدد على ضوءها ما إذا كان هذا الشرط فاعلا مؤثرا فيها، أو منافيا لها وغريبا عنها.

بما مؤده أن الأصل ألا يعول على شرط السن لأداء العمل. فإذا كان مطلوبا عقلا لبعض الأعمال، كان ذلك استثناء من هذا الأصل يتعين أن يفسر فى أضيق الحدود، وإلا صار شرط السن ذريعة لنقض الحق فى العمل، وإهدار المزايا التى يرتبط بها، كالحق فى المعاش.

ولئن جاز القول بأن تقدم العمر يحمل فى ثناياه مخاطر صحية لا يستهان بها، ولا يمكن التنبؤ بزم من طورتها ولا بحدتها ومتاعبها ومضاعفاتها؛ إلا أن المهن الحرة التى تقتضى مزاولتها جهدا عقليا، يتعين أن يكون النفاذ إليها متاحا لمن يطرقون أبوابها، لا يتقيدون فى ذلك بغير الشروط الموضوعية التى تؤهل لممارستها، والتى ينافيها شرط السن باعتباره دخيلا عليها.

وهو ما يعنى أن الشروط التى يتطلبها المشرع للقيد فى الجداول التى تنظم الاشتغال بالمهن الحرة - ومن بينها شرط السن - يتعين لإقرار مشروعيتها، أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها، وما يكون لازما عقلا لممارستها، مرتبطا بجوهر خصائصها The Essence of the Business. ذلك أن الأمم على اختلافها، تفقد كثيرا من مصادر قوتها وثروتها، إذا أعيق عملها بناء على سنهم - من النفاذ إلى الأعمال التى لايزالون قادرين على النهوض بها، ولتسى يتكافأون فى إنجازها، أو ممتازون فى أدائها عن يمارسونها فعلا، ليفقد المبتعدون عنها فرص عملهم، وليكون التمييز بين هؤلاء وهؤلاء تعسفا، ومخالفا للمستور بالتالى.

بما مؤده أن شرط السن فى نطاق الأعمال الحرة، كثيرا ما يكون مؤثرا واهيا على القدرة على ممارستها<sup>(١)</sup>.

(١) "تسوية عليا" - العبة رقم ٣٨ لسنة ١٧ قصائية "تسوية" - حنة ١٨/٥/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السابع.

### الفرع السابع الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص

٢٤٣- يتفرع التنظيم النقابي-مهنيًا كان أم عماليًا- عن حرية الاجتماع التي لا تجوز إعاقتها بقيود جائرة تعطل أو تقيد ممارستها، ولا تدخل في نطاق تنظيمها.

وتتميز الحرية النقابية التي كفلها الدستور بنص المادة ٥٦، باتساعها لحرية الإرادة في الدخول في منظمة نقابية أو الخروج منها؛ وفي أن يكون الشخص عضواً في أكثر من منظمة نقابية إذا استوفى شروطها، وأن يتجنبها جميعاً إذا أعرض عنها، وقرر ألا يلجأ أبوابها.

وانبثاق هذه الحقوق عن الحرية النقابية يجعلها من ركائزها. وهي في مجموعها لا تخضع بحق النقابة ذاتها في إرساء القواعد التي تنظم شئونها، وأن تقرر بنفسها أهدافها، ووسائل تحقيقها، بما في ذلك طرائق تمويل نشاطها.

ولا تعارض الحرية النقابية على ضوء هذا المفهوم، ديموقراطية العمل النقابي. ذلك أن الديمقراطية النقابية هي التي تطرح بوسائلها وتوجهاتها نطاقاً للحماية يكفل لقوة العمل -أيها كيان موقعها- جوهر مصالحها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود.

وهي كذلك مفترضة أولى لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحي نشاطها، فلا تتسلط عليها جهة إدارية؛ ولا تعلق تأسيسها على إبنائها؛ ولا تتدخل في شئونها بما يعوقها عن إدارة نشاطها؛ ولا تحل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه هي أكفل لتحقيق مصالح أعضائها؛ ولا تفرض وصايتها عليها.

وليس لها أن تقرر إنهاء وجودها عقاباً لها؛ ولا أن تقصل بنفسها في صحة التنظيم النقابي أو بطلانه كشرط سبق على بعثه إلى الحياة؛ ولا أن تؤثر في حق الاقتراع داخل النقابة لنقص تنظيماتها حتى لا يفوز بمناصبها المختلفة على تباين مستوياتها، الأحق بها.

وإذ كان الاجتماع مع آخرين، ضرورة بقضيتها تنظيم الأفراد لنشاطهم فلا تتعثر جهودهم، بل يكون نكتلتها طريقاً لتعمق الحقائق على اختلافها بما يحول دون كتمانها أو التجهيل بها، أو تقليص دائرتها؛ وكانت حرية الاجتماع ذاتها؛ هي التي يتفرع عنها حقهم في بناء تنظيم مشروع

يضمهم سياسيا كان أم نقابيا - فقد تعين ألا تترس السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيودا في نطاق تنظيمها، إلا بقدر حدة هذه المصالح التي وجهتها لتقريرها، وباقتراض مشروعيتها.

يؤيد هذا النظر أن الأصل في التنظيم النقابي أن يكون منفصلا لكل الآراء، قائما على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها. فلا يكون العمل النقابي إملاء أو التواء، بل توافقا في إطار المسؤولية، وإلا كان مجاوزا للحدود التي ينبغي أن يترسمها Ultra Vires Actions.

وهذه القيم التي يرها التنظيم النقابي، هي التي كرسها الدستور بنص المادة ٥٦، والتي تحتم أن يكون هذا التنظيم قائما وفق مقاييس ديموقراطية يكون القانون كافلا لها، تؤكد لأهمية وخطورة المصالح التي يمثلها، وعمق اتصالها بالحقوق المقررة قانونا لأعضائها.

فلا ينحصر العمل النقابي لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقديميا بالضرورة، متبينا نهجا مقبولا من جموعهم، وقابلا للتغيير على ضوء إرادتهم.

بيد أن حق النقابة في تكوينها وفق أسس ديموقراطية، وكذلك إدارتها لشئونها بما يكفل استقلالها، ويقظتها في الدفاع عن مصالح أعضائها، وتطويرها للقيم التي يدعون إليها في إطار أهدافها، ووعيها بما يعنيه، ومراجعتها لسلوكهم؛ لا يخولها العدوان على حقوق كفلها الدستور، ويندرج تحتها حق كل عضو فيها في التعبير عن الآراء التي يريد إقناع الآخرين بها حتى لا تفرض الأقلية -بحكم موقعها أو سيورتها- آراءها على المخالفين لها.

ذلك أن أعضاء النقابة جميعهم شركاء في تقرير أهدافها، وصوغ نظمها وبرامجها، وتحديد طرائق تنفيذها، بما في ذلك وسائل تمويلها، فلا تكون السيادة إلا لجموعهم، ولا ييسر غيابة عنها سيطرتهم على شأن من شئونها. وشرط ذلك ضمان تعدد الآراء داخل النقابة، وتراحمها فيما بينها، واتساع آفاقها وتعدد مصادرها، وأن تتخذ النقابة قراراتها على ضوء اقتناع أعضائها بها وقدر تحقيقها لمصالحهم بما يجعل قراراتها هذه بأيديهم.

ذلك أن مفهوم الحرية ليس سلبيا، ولا واقعا وراء جدران مغلقة، ولا منفصلا عن إرادة الاختيار، ليعاقل العمال بين البدائل على ضوء مفاهيم الحق والعدل من منظور اجتماعي، وبما

يكفل سعيهم لضمان الحقوق التي تتصل بمواقفهم، سواء في جوهر بنيانها، أو من خلال دعم وسائل الدفاع عنها<sup>(١)</sup>.

وهذه الحرية النقابية التي تصونها المحكمة الدستورية العليا، هي التي تكفل استقرار العمال وتطوير أوضاعهم، ويعتبر ضمانها لازماً لمواجهة كل إخلال بها، وبوجه خاص لرد خطرين عنها لا يتعدان في آثارهما، ويتأتيان من مصدرين مختلفين:

ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تبأثر ضغوطها في مواجهة العمال غير المنضمين إليها لجذبهم لدائرة نشاطها، توصلًا لأحكام قبضتها على تجمعاتهم.

وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة في أوضاع الاستخدام في منشأتهم، أو بالتهديد بفصل عمالهم، أو بمساعلتهم تأديبياً، أو بإرجاء ترقياتهم، لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابي، أو لحملهم على التخلي عن عضويتهم فيه.

ويظل سديداً القول بأن الحرية النقابية، وديموقراطية العمل النقابي، تقتضيان أن تقرض المنظمة النقابية أشكالاً من الرقابة الذاتية على الكيفية التي تبأثر بها نشاطها، وبما لا يخل بأهدافها، ليكون تقييمها لنواحي القصور فيه، موضوعاً، يعتمد على وسائل تحليلية موثوق بها.

كذلك فإن حق العمال في تكوين المنظمة النقابية، وكذلك حرية النقابة ذاتها فسي إدارتها لشؤونها، ومساعلتها لأعضائها عما يقع منهم مخالفاً لنظمها، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينبسط على كافة صور نشاطها، ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المقيدين بها.

على أن المنظمة النقابية العمالية -وبالنظر إلى طبيعة تكوينها وخصائص نشاطها، ونوع الأغراض التي تتوخاها- كل ذلك جعلها من أشخاص القانون الخاص، ليحكم هذا القانون نشاطها ويضبط تصرفاتها، ولو كان المشرع قد منحها جانباً من حصائص السلطة العامة وامتيازاتها. ذلك

(١) -دستورية عليا- الفضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٦- ص ٤٣؛ وما بعدها من الجزء المبع.



أن وسائل السلطة العامة التي تمارس المنظمة النقابية العمالية بعض جوانبها، لا تحيلها إلى جهة إدارية في مقوماتها، ولا تلحقها بها، أو تجمعها فيها.

ولا يجوز في أية حال، أن تنقض النقابة -ولو بالتزعم بخدمة مصالحها وتقوية نشاطها- حرية التعبير التي تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها، وترسيها الدول قاعدة لبنیان مجتمعاتها، ولضمان تفاعل مواطنيها معها.

ذلك أن لحرية التعبير أهدافها التي يتصدرها بناء دائرة للحوار العام لا تنحصر مصادرها، ولا أفاقها، ولا أنواتها التي تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار؛ وتنسجم بتسامحها مع خصومها؛ وبرفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها؛ واستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير.

بما مؤده أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهادها، ولا مصادرة أدواتها، أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها يروجونها، أو يحيطون ذبوعها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها وواقعها، ما يبرر القول بوجودها. كذلك فإن حرية التعبير هي الطريق إلى إنماء الشخصية الإنسانية بما يكفل تحقيقها لذاتها، والإسهام في أشكال مختلفة من ألوان الحياة ومظاهرها.

وكلما تدخل المشرع بلا ضرورة، لتقييد عرض آراء بذواتها بقصد طمسها بالنظر إلى مضمونها Content - based abridgments، كان ذلك إصماتا مفروضا بقوة القانون في شأن موضوع محدد انتقاه المشرع انحيازاً، مثلاً بالقيم التي تحتضنها حرية التعبير عن متطلباتها التي تكفل تدفق الآراء واتسبابها بغض النظر عن مصادرها أو محتواها، ودون ما اعتداه بمن يتلقونها أو ي طرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو حملهم على تبنيها، لا يقل سوءاً عن منعهم من التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يروجون لها.

وهو ما يعني أن القسر على اعتناق بعض الآراء، أو إقناع غيرها، سعتان تتناقضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها.

كذلك فإن موضوعية الحوار، شرطها شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، بما يحصل دون حجبتها أو تشويهها، أو تزيفها.

وتتعلق مفهوم الحوار بالقبول بآراء أو برفضها بعد موازنتها ببعض، وعلى ضوء حقائقها وإعمال حكم العقل بشأنها، مضافاً أن كل أفعال تتعدى معها فرص الحوار، كذلك التي تحرض على استعمال القوة أو تستثير نوازع العدوان عند من يتلقونها بإضرار بالآخرين، لا يجوز إسنادها إلى حرية التعبير، وذلك بالنظر إلى اقترانها بمضار لا يجوز القبول بها، ولأن مفهوم عوض الأراء في سوق مفتوحة لتلقيها وتقييمها، لا ينبسط عليها.

كذلك فإن النظم الانتخابية جميعها، غايتها أن يكون التمثيل وفقاً لأحكامها متكاملاً قدر الإمكان، وعرض المرشحين لأرائهم متوازناً، والدفاع عنها مكفولاً.

وانتسابهم إلى منظمة بذاتها، يفترض دعمهم لأهدافها في إطار الحوار والإقناع؛ وإعلانهم كذلك مصادر تمويل حملتهم الانتخابية، ومعدل الإنفاق فيها؛ ويخول المشرع كذلك تنظيم زمن حملتهم هذه، ومكان إجرائها، بقصد ضبطها، وبغير إخلال بحريتهم في التعبير عن آرائهم، ودون تقييد لمضمونها.

وتدخل المشرع بما ينال من فرص الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، لا يقل سوءاً عن حرمان بعضهم أصلاً -ودون مسوغ- من حق الاقتراع.

كذلك فإن الشروط التي يفرضها المشرع اعتباراً ليجدد بها من يكون مقبولاً من المرشحين الذين يخوضون الحملة الانتخابية، تنعكس سلباً على فرص تعبير الناخبين عن رغباتهم من خلال أصواتهم.

فلا يكون لها فعاليتها في شأن اختيار من يطمنون إليهم، وعلى الأخص في إطار نظم نقابية تتعدد حلقاتها، وتتدرج مستوياتها، وتكفل اتصال بعضها ببعض بما يصون ترابطها.

إذ كان ما تقدم، وكان حق العمال في المنظمة النقابية في الاقتراع والترشيح يفترض انتسابهم إليها من خلال عصويتهم الثابتة بها- وكان تعدد الآراء داخل كل منظمة نقابية، قاعدة لكل تنظيم ديموقراطي، لا يقوم إلا بها؛ ولا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ فإن تعيق حق

العامل بها في الترشيح لعضوية مجلس إدارتها، على شرط فوات عام على قيده بها، يكون مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثامن

#### حق الحصول على العمل

٢٤٤- تدبر الدولة فرص العمل لمواطنيها في نطاق خدماتها الاجتماعية التي يرتبط ضمانها بمواردها وإمكاناتها الذاتية، كي توفر خدماتها هذه بصورة متدرجة ووفق قدراتها، وعن طريق تدخلها إيجابياً لصونها.

ولا كذلك موقفها من الحقوق السلبية - كالحق في الحياة وفي الحرية - التي يكفلها لصونها مجرد الامتناع عن التدخل في نطاقها، بما يقيد أو يعطل أصل الحق فيها.

ولئن صح القول بأن الحقوق المدنية والسياسية، لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مجال توجهاتها أو عموم تطبيقاتها؛ وأن النوع الأول من الحقوق يعتبر مدخلاً لثانيهما، وشرطاً لتحقيق وجوده عملاً؛ إلا أن الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق، تكمن في أصل نشأتها، وعلى ضوء مراميها.

ذلك أنه بينما تعتبر الحقوق المدنية والسياسية، من الحقوق التي تملئها آدمية الإنسان وجوهره، إلى حد وصفها بخصائص بنى البشر، أو إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق

(١) يراجع في كل ما تقدم، القضية رقم ٨٣ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٩٢ - ص ١٢٦٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٤ - ص ١١٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٦ - ص ٤٦٣ - ٤٦٥؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يوبه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٧ - ص ١٤١٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن مبدأ الحرية النقابية La liberte syndicale قيمة دستورية وفقاً لقضاء المجلس الدستوري الفرنسي 49.R.p. 20 - 19 1983. D. C. 83 - 162. ويتبنى هذا المجلس كذلك مبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لشروط العمل وإدارة المشروعات.

Le principe de la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises [C.C. 77 - 79 D.C. 5 Juillet 1977. R.p. 35].

وجوداً من تكوين الجماعة التي اُرتبط بها، فلا تتكامل شخصيته، ولا يوجد سويًا بدونها، ولا يحيا إلا بالقيم التي تشكلها؛ فإن ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للإنسان، توخى دوماً تطوير أوضاع البيئة التي تواجد فيها مستظلاً بها، ليعيد تكوين بنيانها، عبر الأفاق الجديدة التي تفتحها.

وهي بحكم طبيعتها هذه، تتصل حلقاتها عبر الزمن، وعلى امتداد مراحل لا تفرضها الأهواء. بل تقرها الدول على ضوء أولوياتها. وبمراعاة مواردها.

وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن الحقوق المدنية والسياسية -وبالنظر إلى قدمها واستمرارها في الوجدان- لا يجوز النزول عنها، ولا التخلي عن مباشرتها، ولا أن يتعلق بقاءها بها<sup>(١)</sup>؛ وأن الفرد ما توخى بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية -التي تتأهض الفقر والجوع والمرض بوجه خاص- غير طلبها لتطوير الأوضاع التي يعايشها بما يحقق رخاءه وخيره العلم؛ إلا أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية -وبحكم طبيعتها هذه- يستحيل ضمانها لكل الناس في آن واحد. بل يرتبط تحقيقها في بلد ما بظروفها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤوليتها قبل مواطنيها، وإمكان نهوضها بمطالباتها.

ولا تنفذ هذه الحقوق بالتالي فور طلبها، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنًا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعاً لنطاقها، ليكون تدخل الدولة بصفة إيجابية في شأنها، متابعاً واقعاً في أجزاء من إقليمها؛ منصرفاً لبعض مدنها وقراها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مطلبتها على المواطنين جميعهم. ذلك أن مسؤوليتها عنها، مناطها إمكاناتها، وفي الحدود التي نتيجها، ومن خلال تعاون دولي أحياناً<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة الأولى من الدستور الرسمي لعام ١٧٩١ التي تنص بأن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تنزع أية قوانين يمكنها أن تحد أو تعرقل مدته الحقوق الطبيعية والمدنية التي يكفلها الدستور.

le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte ou mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils garantis par la constitution.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ فصلته دستورية- جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٠ ص-

١٠٥-٥٢٧ من الجزء السابع من محموعة أحكام المحكمة.

### الفرع التاسع

#### معاش العامل ليس بديلا عن أجره

٢٤٥- لا تعتبر أجور العمال بديلا عن معاشاتهم، ذلك إن الالتزام لا يكون بديلا إلا إذا قلم المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مدينا واحدا تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي. ولا كذلك اجتماع الأجر والمعاش. ذلك إن الجهة التي يقع عليها الالتزام بتقديم المعاش، غير تلك التي تقدم الأجر، ولا يحل أحدهما محل الآخر بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا<sup>(١)</sup>.

فالحق في المعاش مصدره المباشر نص القانون، وتلتزم الجهة التي تقرر عليها، بأن تؤديه إلى المؤمن عليه عند انتهاء خدمته وفقا للنظم المعمول بها. وهو يستحق عن مدة خدمة سابقة أداها العامل بالجهة التي كان يعمل لديها قبل إحالته إلى التقاعد، ومقابل حصص أداها في التلمين الاجتماعي وفقا للقواعد التي تقرر المعاش بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها.

وذلك خلافا للأجور التي تعتبر رابطة العمل، المصدر المباشر للحق فيها، والتي تستحق عن عمل جديد أداه العامل بعد تقاعده، في الجهة التي التحق بها. فلا يكون هذا العمل إلا سببا لاستحقاق تلك الأجور، وباعثه إلى التعاقد مع الجهة الجديدة.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٣٤ - ص ٥٠١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٥٧ من الجزء الثامن. وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي كذلك قاعدة الجمع بين معاش التقاعد وأجر العمل المهني.

### الفرع العاشر حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي

٢٤٦- ويندرج في إطار الشروط الموضوعية للعمل، ضمان حق العمال في الرعاية النفسية والصحية والوظيفية. وكذلك الحق في تعليمهم وتدريبهم وتأهيلهم بما يطور من ملكاتهم وقدراتهم. فضلا عن الحق في ضمان أمنهم اقتصاديا واجتماعيا<sup>(١)</sup>.

وإذ كان حق العمل وثيق الصلة بالملكية وبالحرية الشخصية، وبالحق في الإبداع كلما كان العمل ذهنيا؛ وكان الدستور قد حرص على صون هذه الحقوق جميعها، وحظر تقييدها بغير مسوغ مشروع؛ وكان حصول أعضاء الهيئات القضائية على المبالغ الشهرية الإضافية المكملة لمعاشاتهم الأصلية، يعتبر ضروريا لضمان الحد الأدنى من احتياجاتهم؛ فإن الحق في اقتضاء هذه المبالغ الشهرية الإضافية، لا يجوز أن يعلق على شرط امتناع العضو عن العمل بعد تقاعده، وذلك لأمرين أولهما: أن الحق في العمل من الحقوق التي كفلها الدستور فلا يجوز دمجها. ثانيهما: أن حرمان عضو الهيئة القضائية بعد تقاعده من العمل، مؤداه أن يركن إلى حياة راكدة مغلفة تنهادم بها تلك القيم التي تعلو بغيره، وتؤكد ارتفاعه ويعتبر بتخلطها طاقة عاطفية تعرض أعباءها على غيرها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الحادي عشر حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية

٢٤٧- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا أن الدستور وإن كفل للعمال بنص المادة ٥٩، حفرهم في مكاسبهم الاشتراكية، على تقدير أن دعمها والحفاظ عليها يعتبر واجبا وطنيا؛ إلا أن هذه المادة ذاتها قصرت عن بيان الحقوق التي تشملها مكاسبهم هذه، ولم تحل حتى إلى قانون لتعديدها.

فلا يكون الدستور كافيا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها، والتي يتساوون في طلبها، وبشرط أن تنال هذه الحقوق والمزايا بواجباتها، وألا تتساقط عليهم بغير جهد مسهم يقارنهما ويعادلها، وإلا أخل الاقتصاد بالثروة القومية وأضر بها بصورة فادحة.

(١) "دستورية عليا" - القصة رقم ٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٢٤ من الجزء الثاني.

(٢) "دستورية عليا" - القصة رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ من ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٩ - ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

وهو ما تؤيد ديباجة الدستور ذاتها التي تقرر بأن للتطوير الدائم لأوضاع الحياة في الوطن، ينبغي أن يكون نهجا متواصلا وعملا دمويا، مرتبطا بإطلاق الجماهير لطاقتها وملكتها، فلا يكون إسهامها حضاريا وإنسانيا إلا عن طريق العمل وحده.

ولئن حدد الدستور بنص المادة ٢٣، الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها خطة التنمية، ومن بينها زيادة فرص العمل، وتقرير حدين للأجور لا تقل فيه عن أدناهما، ولا تربيو به على أعلاهما، ضمانا لتوازن الدخل وتقريبها فيما بينها؛ إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم رباطا وثيقا بين الأجر والإنتاج، فلا يكون الأجر ومزاياه، إلا من ناتج العمل وبقره.

وتردد المادة ٢٦ من الدستور هذا المعنى كذلك من خلال ضمانها للعمال نصيبا في إدارة مشروعاتهم وفي أرباحها، يقرن بالتزامهم بتنمية الإنتاج والمحافظة على أدواته، وتنفيذ الخطة الاقتصادية داخل وحداتهم وفقا للقانون.

وهو ما يعني أن للحقوق أسبابها وأدواتها وشرائطها، فلا يكون طلبها لازما إلا باستيفائها.

ولقد حرص الدستور بالنصوص التي تضمنها، على أن تكون التنمية طريقا وهدفا، وأن تكون وسائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مراحلها وعيا عميقا.

بل إن ديباجة الدستور تؤكد أن قيمة الفرد -التي ترتبط بها مكانة الوطن وقوته- مردها إلى العمل، وأن النضال من أجل الحرية يقتضى أن يكون دور المواطنين في تثبيتها فاعلا.

وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل -وكما كان مبرءا من الاستغلال- يصير طريقا لتحرير الوطن والمواطن. ولا يجوز بالتالي أن يقرن بمزايا لا يرتبط عقلا بها.

وإذ كان ما تقدم هو الشأن في الحقوق والمزايا التي كفلها الدستور للعمال بنصوص صريحة لا لبس فيها؛ فإن ما يقرره المشرع للعمال من حقوق ومزايا لا نص عليها في الدستور، مرجعها إلى سلطته التقديرية، ولازمها أن يكون بيده وحده -ووفق شروط موضوعية- أمر إيقائها أو إلغائها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -الضبعة رقم ٧ لسنة ١٦ قسائية دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٢٢- ص ٣٦٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

على ضوء أوضاع الجماعة وظروفها. فلا يقبل عليها إلا بقدر، وفي صورة متدرجة كي يكون التغيير متعلّق الخطى.

وأساس ذلك أن هذه المبادئ لا ترقى عند هؤلاء إلى قوة القواعد القانونية الملزمة، إلا إذا تدخل المشرع وقتئها. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن النصوص القانونية القائمة تظل معمولاً بها ولو شابها عوار مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها بما يطهرها من عيوبها<sup>(١)</sup>.

٢٥٠- ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا أيًا من هذين المنهجين. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في شأن النصوص القانونية جميعها، ما كان منها سابقاً أولاً حقاً على تعديل نص المادة الثانية من الدستور، يناقض ما قصده الدستور من إيرادها. ذلك أن مصدر الشيء يتقدم وجوده ولو بلحظة زمنية قصيرة. ومصادر الحقوق هي وقائعها التي تنشئها، أو هي أسبابها التي تنتجها. وهي بذلك تتقدم الحقوق التي تولدت عنها، مثلها في ذلك مثل من يردون بئراً للسقياء، إذ يتعين أن يكون موجوداً قبل توجيههم إليه.

وإذ كان نص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها يقضى بوجوب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما نقره أو تصدره السلطان التشريعية أو التنفيذية من النصوص القانونية، فإن هذه المبادئ - وقد جعلها الدستور مصدراً لهذه النصوص - تعتبر قديماً عليها من وقت اعتبارها منهلاً لها في ٢٢ مايو ١٩٨٠.

ولا كذلك النصوص القانونية السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور. فلم تلزمها هذه المادة بالرجوع إلى تلك المبادئ كي تستقي أحكامها منها، أو حتى لا تخرج - على الأقل - في مضمونها عنها.

(١) اعتتقت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في الحكم الصادر عنها في ٣ إبريل ١٩٨٢ في الطعن المرفوع إليها والمقيد بجدولها تحت رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية. انظر في عرض دلالة نص المادة الثانية على الدستور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٨ لسنة ٣ القضائية للمستشار الدكتور/ عوض المر وكذلك ص ٢٢١ وما بعدها من رسالة الدكتوراه للمستشار بالمحكمة الدستورية العليا الدكتور/ عادل عمر شريف، وعنوانها القضاء الدستوري في مصر.



على ضوء أوضاع الجماعة وظروفها. فلا يقبل عليها إلا بقدر، وفي صورة متدرجة كي يكون التغيير متعلّق للخطى.

وأساس ذلك أن هذه المبادئ لا ترقى عند هؤلاء إلى قوة القواعد القانونية الملزمة، إلا إذا تدخل المشرع وقتئها. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن النصوص القانونية القائمة تظل معمولاً بها ولو شابها عوار مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها بما يطهرها من عيوبها<sup>(١)</sup>.

٢٥٠- ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا أيًا من هذين المنهجين. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في شأن النصوص القانونية جميعها، ما كان منها سابقاً أولاً حقاً على تعديل نص المادة الثانية من الدستور، يناقض ما قصده الدستور من إيرادها. ذلك أن مصدر الشيء يتقدم وجوده ولو بلحظة زمنية قصيرة. ومصادر الحقوق هي وقائعها التي تنشأها، أو هي أسبابها التي تنتجها. وهي بذلك تتقدم الحقوق التي تولدت عنها، مثلها في ذلك مثل من يردون بئراً للمسيء، إذ يتعين أن يكون موجوداً قبل توجيههم إليه.

وإذ كان نص المادة الثانية من الدستور يعدلها يقضى بوجوب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما نقره أو تصدره السلطان التشريعية أو التنفيذية من النصوص القانونية، فإن هذه المبادئ - وقد جعلها الدستور مصدراً لهذه النصوص - تعتبر قيداً عليها من وقت اعتبارها منها لها في ٢٢ مايو ١٩٨٠.

ولا كذلك النصوص القانونية السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور. فلم تلزمها هذه المادة بالرجوع إلى تلك المبادئ كي تستقى أحكامها منها، أو حتى لا تخرج - على الأقل - في مضمونها عنها.

(١) اعتنفت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في الحكم الصادر عنها في ٣ إبريل ١٩٨٢ في الطعن المرفوع إليها والمفيد بحدولها تحت رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية. انظر في عرض دلالة نص المادة الثانية على الدستور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٨ لسنة ٣ القضائية للمستشار الدكتور/ عوض المر وكذلك ص ٢٢١ وما بعدها من رسالة الدكتوراه للمستشار بالمحكمة الدستورية العليا الدكتور/ عادل عمر شريف، وعنوانها القضاء للدستور في مصر.

ثانيهما: أن الدستور، لا يصوغ أحكامه على سبيل التخيير بين القول بها أو اطراحها. وإنما تحتل جميعها إلى قواعد أمرة تفرض نفسها على الدولة والكافة وفق مضمونها وفي حدود أغراضها. وتظل النصوص التشريعية التي تصدر على خلفها، قائمة إلى أن تبطلها المحكمة الدستورية العليا، فلا يقع ذلك الفراغ التشريعي الذي يتخوفونه، وعلى الأخص بالنظر إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تغاير في مضمونها مطلق أحكامها. إذ ترند هذه المبادئ في بنائها إلى كل قاعدة شرعية كلية لا نزاع في مصدرها أو دلالتها.

ويتعين بالتالي التمييز بين مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة؛ وبين أحكامها التفصيلية التي اجتهد الفقهاء في بيانها. فأصابعهم أو جانبهم التوفيق في عرضها. ذلك أن الاجتهاد إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه، أو فيما ورد به نص يحتمل التأويل. ولا كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية القطعية في ثبوتها ودلالتها.

وعلى ضوء هذين الاعتبارين، قررت المحكمة الدستورية العليا أن حكم المادة الثانية من الدستور -بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠- يدل على أن الدستور فرضها كقيد على المشرع في شأن النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها بعد هذا التعديل، كي لا تتناقض هذه النصوص -في مضمونها- القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية التي تمثل ركائز بنيانها. وهى أصولها الثابتة التي لا يجوز تحريفها، والمقطوع بثبوتها ودلالتها، والتي لا تقبل اجتهدا يحد منها أو يحورها، بالنظر إلى علوها على كل قاعدة تشريعية تعارضها<sup>(١)</sup>.

على أن يكون ملحوظا أن تنقية السلطة التشريعية للقوانين القائمة مما يشوبها من عوار خروجها على أصول الشريعة ومبادئها الكلية، ليس مشروطا لإعمال نص المادة الثانية من الدستور. وإنما اقترن تعديل هذه المادة، بدعوة السلطة التشريعية إلى أن تأخذ هذه المهمة على

(١) "تسوية عليا" -القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٦ -ص ٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٥ -ص ٢٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١١ -ص ١٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٧/٥ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

عانتها؛ وبحثها على أن توليها اهتمامها؛ وإن كان تسليها عن مباشرة هذا الاختصاص يشير بالضرورة مسئوليتها السياسية.

### الفرع الثاني

#### انفتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية الخلاقية

٢٥١- لم تكن الدعوة إلى قفل باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية عملاً صائباً ولا نهجاً حميداً.

ذلك أن الأحكام العملية جميعها متطورة بالضرورة لأنها تواجه الناس في احتياجاتهم المتغيرة ومصالحهم المختلفة.

فلا تكون مواءمة النظر فيها، غير تطوير للشريعة الإسلامية يكفل مرونتها ويعطيها روافد جديدة تصلحها لمواجهة النوازل على اختلافها؛ وتأخذ بكل مصلحة معتبرة شرعاً، فلا تسقطها من حسابها لمجرد أن الأئمة أغلواها، أو لم يقيموا لها وزناً. وفي ذلك ضمان لتجدد الشريعة وتنفق ينابيعها إرواء لأرض عطشى إلى اجتهاد ييسر على الناس أحوالهم، ولا يوقعهم في الحرج.

وما الاجتهاد غير إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه؛ وهو كذلك ليس تشهياً أو إنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. بل نظراً عميقاً في الشريعة الإسلامية، واتصالاً بمقاصدها النهائية، واقتحاماً لمسائلها من خلال رد الأمر المتنازع إليه إلى الله ورسوله.

وهي بذلك لا تقبل جموداً يبيقها عند لحظة زمنية بذاتها جاوز التطور مفاهيمها؛ ولا تقيداً بآراء بذواتها ليس لها من نفسها ما يعصمها من العدول عنها، ولا تصلباً عقياً يتجاهل ما طرأ على الأوضاع القائمة من تغيير. فلا يكون ثباتها على حال واحدة لا يتبدل فيها، غير نكول عن حق أولى بالاعتبار.

ولئن صح القول بأن أصول الشريعة الكلية ومبادئها الكلية، تبلور إطارها العام، وإنها تفرض نفسها على كل قاعدة قانونية على خلائها لتردها إليها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأحكام الظنية غير مقطوع بثبوتها أو بدلائها أو بهما معاً. فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها لضمان مرونة الشريعة وحيويتها، فلا تجمد معطياتها، أو تتحجر قوايلها.

على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد ليس قفراً في الفراغ، بل يتعين أن يكون واقعاً في إطار الأصول الكلية للشرعية، كإفلاص مفاصلها النهائية بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والعقل والنفس والعرض والمال؛ متحرراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية التي تكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأهل بشونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلائمها.

وليس الاجتهاد في أية حال محض تقليد لأراء الأولين، ولا افتراء على الله كذباً بالتحليل والتحريم؛ ولا عزوفاً عن أحوال الناس والصالح من أعرافهم؛ ولا نهياً على التأمل والتبصر في دين الله تعالى؛ ولا إنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، وأن اجتهاد أحد من الفقهاء، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره.

ومن ثم صرح القول بأن آراء الفقهاء على اختلافها، لا يجوز النظر إليها باعتبارها شرعاً لا ينقض، وإن ما يصلح منها لمواجهة الأوضاع المتغيرة، ليس بالضرورة أقواها حجة، بل قد يكون أضعفها تأصيلاً، أفلحها لمواجهة حالة قائمة؛ فلا يجوز إهداره، ولو كان مخالفاً أقوالاً لفقهاء آخرين اطرده العمل بها في زمن معين.

### الفرع الثالث

#### حق ولي الأمر في الاجتهاد

٢٥٢- ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح العباد - عن طريق الأدلة النقلية والعقلية - حق لأهل الاجتهاد؛ فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولي الأمر يستعين عليه - في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر في الشؤون العامة، إجماعاً للنسابة، وبما يرفع التنازع والتناحر، ويبتل الخصومة.

ويتعين دوماً أن يكون واضحاً في الأذهان أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً ووحيداً لاستقاء الأحكام العملية منها.

بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلفها، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهاً في ذلك حقيقة أن المصالح المعتمدة، هي تلك التي تكون متلائمة مع مقاصد الشريعة، موافقة لها، وبشرط أن يرجح ولي الأمر عند الخيار بين أمرين، أيسرهما ما لم يكن إثماً، فلا

بشرع حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم ويعسر أمرهم إعمالا لقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين حرج".

بما مؤداه أن الاجتهاد حق لولى الأمر في الدائرة التي شرع فيها، ليكون كافلا للشريعة تماسكها ومرونتها، واتصال أصولها بفروعها، وثمارها بجزورها بما يعينها على اكتمال نواحيها. وليس لولى الأمر بالتالى أن يتقيد بأراء بذلتها لا يريم عنها، خاصة وأن الصحابة والتابعين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح الحيا، طلبا لنفعهم أو دفعا لضرر عنهم، أو رفعاً لحرج يصيبهم<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الرابع حضانة الصغير

٢٥٣- لأن أحوال المشرع في شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين -وفى إطار القواعد الموضوعية التي تنظمها- إلى شرائعهم مستلزما تطبيقها دون غيرها فى كل ما يتصل بها؛ وكان الدستور قد أورد أحكاما رئيسية فى شأن الأسرة تؤكد أن الحق فى تكوينها لا ينفصل عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدها، أو يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأسرة المصرية تحكمها قواعد وقيم لا انقطاع لجريئتها بقصرها إرساء أومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذه الأسرة لا يصلحها اختيار سن للحضانة لا يتحدد وفقا لتغير الزمان والمكان؛ ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة ممن لها عليهما حق الحضانة بما يروع المحضونين أو يعتهم أو يشق عليهم؛ وكان لا يجوز إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعاً لذكوريتهم أو أنوثتهم وخصائص تكوينهم؛ ولا أن يمايز المشرع فيما يتعلق بسن الحضانة -التي لا يتصل تحديد بدايتها ونهايتها، بأصول العقيدة وجوهر أحكامها- بين المصريين تبعاً لديانتهم؛ وكان الصغير

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - حصة ٣ مايو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤١ - ٦١١ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٩ قضية "دستورية" -جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ١٠٢ -ص ١٣٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٠ -ص ٣٢٥ -٣٥٣ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤١ -ص ٥٦٩ -٦٦١ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٣ لسنة ٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء السابع.

والصغيرة يحتاجان معا في شأن حضائتهما، إلى خدمة النساء وفقا لقواعد موحدة لا تميز فيها؛ فقد تعين أن يتحد المصريون في القواعد التي تحكم سن الحضانة، والتي لا شأن لها بالأصول الكلية لعقائدهم على اختلافها. وإنما هي أوثق اتصالا بمصلحة الصغير أو الصغيرة اللذين تضمهما أسرة واحدة، وإن بعد أيواهما عن بعضهما البعض<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس

#### في مسائل الولاية على النفس

٢٥٤- تحديد سن الولاية على نفس الصغير، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين؛ وكان هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير في مسألة لا تتصل بأصول العقيدة وجوهر بيانها؛ وكان لا يجوز في غير المسائل التي حسمتها نصوص دينية مقطوع بثبوتها ودلالاتها، أن يمايز المشرع في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانته، تذكيراً بأن الأصل هو تساويهم جميعاً في الحقوق التي يتمتعون بها وكذلك على صعيد واجباتهم؛ وكانت الأسرة القبطية هي ذاتها الأسرة المسلمة فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، تجمعها القيم والتقاليد عينها، وإلى مجتمعهم يفيتون تعبيراً عن انصهارهم في إطار أمتهم، ونأيهم عن اصطناع الفواصل التي تفرقهم؛ فقد صار لازماً ألا يمايز المشرع بينهم في مجال الولاية على النفس التي تتحد مراكزهم بشأنها، سواء في موجباتها أو حد انتهائها، وإلا كان هذا التمييز منفلتاً عن الحدود المنطقية التي ينبغى أن يترسما، ومخالفاً بالتالي لنص المادة ٤٠ من الدستور، ومجاوزاً كذلك الحق في الحرية الشخصية التي يكون التماس وسائلها -ريندرج انتهاء الولاية على النفس تحتها- مطلباً لكل مواطن وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور.

وقد دل الدستور بالمواد ٩، ١٠، ١١، ١٢ على أن للجماعة مقوماتها الأساسية التي لا يجوز أن يعزل بنیان الأسرة عنها، باعتبار أن تكوينها وصونها على امتداد مراحل بقائها، أكفل لوجدتها، وأدعى لاتصال أفرادها ببعض من خلال روافد لا انقطاع لجرياتها يتصدرها إرساء

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ -بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- على أن حق حضانة النساء ينتهي ببلوغ الصغير سن العاشرة، وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة. وبحور للمأضى بعد هذه السن، إبقاء الصغير حتى في سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج، فيسبب الحاصلة، ونور آخر حاصلة، إذا تبين أن مصلحةهما تقتضي ذلك. وينطبق هذه المادة بالمصريين من المسلمين، ولكن المحكمة الدستورية العليا طفتها على المصريين جميعهم بعض النظر عن ديانتهم.

أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ والتوفيق بين عمل المرأة في مجتمعها وواجباتها فسي نطاق أسرتها؛ وبمراعاة طابعها الأصلي بوصفها الوحدة الأولى التي تكفل لمجتمعها تلك القيم والتقاليد التي يستظلون بها.

وهذه الأسرة ذاتها -وبغض النظر عن عقيدة أطرافها- لا يصلحها مباشرة الأولياء لولاياتهم على أنفس الصغار دون ما ضرورة، ولا مجاوزتهم مقاصد ولايتهم هذه بما يخرجها عن طبيعتها، ويمزجها بالولاية على المال في سبب نشوئها أو انتهائها.

وإنما ينبغي أن يكون لكل من هاتين الولايتين دوافعها وشروط انقضائها، وشرط ذلك أن يكون للولاية على أنفس الصغار زمنها، فلا يكون بقاؤها مجاوزا تلك الحدود المنطقية التي تقتضيها مصلحتهم في أن يمارس أولياؤهم عليهم إشرافا ضروريا لتقويمهم، ولا أقل مما يكون لازما لاعتمادهم على أنفسهم في مجال الاتصال بالحياة، وولوج طرائقها واختيار أنماطها. ومن ثم يكون بلوغ الصغير بلوغا طبيعيا كافيا لزوالتها، وإلا كان بلوغ السن التي يتهيأ عندها لتدبير أمره، منهيًا لها.

وتلك هي القاعدة الموحدة التي ينبغي لكل أسرة التزامها، ضمانا لترباطها واتساق نمذجها مع مجتمعها<sup>(١)</sup>.

(١) دستور عليا -القضية رقم ٧٩ لسنة ٢٨ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ -قاعدة رقم ٣/٧٠- ١١

### الفصل الحادي عشر

### الرقابة القضائية على الدستورية

#### المبحث الأول

#### القواعد الكلية التي تحكمها

٢٥٥- ترتبط القواعد الكلية للرقابة على الدستورية، بالمفاهيم التي لا تتحول عنها الجهة القضائية التي تبأشر هذه الرقابة، لتفصل على ضوئها في دستورية النصوص القانونية. إذ هبى معايير موحدة لا تتباين تطبيقاتها، ولا يتصور أن يثور حولها جدل ذو شأن، وأهمها:

#### أولاً: ضمان الوحدة العضوية لنصوص الدستور

٢٥٦- نصوص الدستور لا تتهاجم أو تتنافر ولا تتعزل عن بعضها. بل يضمنها رباط منطقي يهفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل اتساقها والأعراض النهائية التي يقوم الدستور على تحقيقها.

وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تألفها في معانيها، وتضافرها في توجهاتها<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: وجوب التوفيق بين نصوص الدستور

#### في إطار تكاملها

٢٥٧- وإذ كان الأصل في نصوص الدستور هو كفاالتها حقوق الأفراد وحيرياتهم، فإن مساس الدستور بها لا يكون إلا بنص خاص فيه يفسر تفسيراً ضيقاً. ومن ذلك أن ما نقرر في الدستور للعمال والفلاحين من مقاعد في المجالس التمثيلية لا يقل عن نصفها؛ ومن مصادرة أموال أسرة محمد على؛ ومن قصر حق اللجوء إلى القاضى الطبيعى على المواطنين. ويتعين بالتالى تأويل نصوص الدستور هذه، بما يوفقها -وكلما كان ذلك ممكناً- مع أحكامه.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٣ لسنة ٢٥ ق "دستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٥ - ص ١٤٨ من الجزء السادس.



فالأصل في المواطنين هو تساويهم أمام القانون. فإذا أفرد الدستور ميزة لبعضهم بما يقيّمهم في شأنها على مواطنين آخرين، تعين تحديد المنتفعين منها بصورة دقيقة لضمان حصر دائرة تطبيقها في حدود ضيقة.

كذلك فإن ما يقرره الدستور من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرارات مجلس قيادة الثورة التي تقضى بمصادرة أموال أسرة محمد علي، يناقض كفالة حق المواطنين في التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، ويخل كذلك بحق أفراد هذه الأسرة على أموالهم التي تلقوها وفقاً للقانون. ولا توفيق بين هذه المصادرة والحقوق التي مستها، إلا من خلال النظر إلى هذه الحصانة باعتبارها تدبيراً استثنائياً يتقيد بمبرراتها. ولا يحوز بالتالي تغليبها على حقوق الملكية التي كسبها أصحابها بطريق مشروع وفقاً للدستور أو القانون؛ ولا اعتبارها نكالا بأفراد هذه الأسرة من خلال مصادرة تحيط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى منها بعدئذ ما يعملون عليه في معاشهم.

وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها المنطقي في إطار علاقة مفهومة تربطها على الأخص بأهدافها، فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة نافياً لوجودها، ولا مهدداً حقها في الحياة، ولا معطلاً جريان حقوق لا صلة لها بأموال يقال بأنها انتهت. ويندرج تحتها أموال لا شأن لهذه الأسرة بها، بل تلقاها عن غير طريقها أشخاص ينتمون إليها، أو اكتسبها أغيار لا يعتبرون من أعضائها. وهو ما يعنى موازنة المصادرة التي قررها الدستور في شأن أفراد هذه الأسرة، بحقوق الملكية التي كفلها للمواطنين جميعهم، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لمصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيانها إلا إذا تحرر اقتصادياً من يطلبونها، وكان يوسعهم بالتالي الاستقلال بشؤونهم والسيطرة عليها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "دستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٦٢ ص ٩١٦ - ٩١٨ من الجراء الثامن؛ والقضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٢٢/١٠/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥١ - ص ٧٩٢ - ٧٩٣ من الجراء الثامن. حيث رفضت المحكمة بقص حقوق الملكية "خاصة" التي كفلها الدستور والإخلال بحريتها، بناء على ما ادعاه الطاعون من قيام المصنع على أسس تضافر الاحتجاج، ومن تأسيس النظام الاشتراكي الديمقراطي، على الكمية والعقل.

### ثالثاً: علو نصوص الدستور على ما سواها

#### وامتاع تدرجها فيما بينها

٢٥٨- ويظل الدستور -وأيا كان مضمون قواعده- معتليا للنصوص القانونية جميعها إذا كان مدونا جامدا، ولو كان رجعيا وليد أفكار مذهبية عقيمة هجرها الزمن؛ أو كان قد أفرط في الحقوق التي كفلها للدولة في علاقتها بمواطنيها.

ولئن كان الدستور قانونا بالمفهوم العام لكلمة القانون. إلا أن الدستور يعتبر قانونا أساسيا يتصدر النصوص القانونية ويتقدمها حتى ما كان منها من طبيعة أمر لا يجوز الاتفاق على خلافها<sup>(١)</sup>.

ونصوص الدستور هذه، لا تتدرج فيما بينها، حتى لو قبل بتفاوتها في أهميتها.

ذلك لأن أهميتها هذه، تقابل دورها في الحياة الاجتماعية. وهي تعمل مع غيرها من نصوص الدستور في إطار منظومة متكاملة تتناغم في قيمها وتوجهاتها؛ وتتعاون في تحقيق الأغراض النهائية المقصودة منها.

وتظل الحماية التي تكفلها لحقوق المواطنين وحرياتهم واحدة في درجتها ومنزلتها، وإمكان اقتضاها.

ولا كذلك النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، إذ تتدرج هذه النصوص فيما بينها، ليعلو بعضها البعض في إطار منظومة هرمية تنفذ فيها كل قاعدة قانونية بتلك التي تعلوها في مدارج هذه المنظومة، فلا تخرج عليها بل تعمل في إطارها<sup>(٢)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق "دستورية"- جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ١٥ -ص ١٤٦- ١٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق "دستورية"- جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣١ -ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -القاعدة رقم ٥١ من ص ٧٩١ - ٧٩٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق "دستورية"- جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ -ص ١٥٠- ١٥١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

وإذا كان الخروج على الدستور، يطرح بالضرورة "مستورية" النصوص القانونية المخالفة لأحكامه؛ فإن مجاوزة غير الدستور من الوثائق القانونية، يستتبع الفصل في مشروعية الخروج عليها.

ولئن صح القول بأن نصوص الدستور لا تتمايز قانوناً أو تتفاضل فيما بينها، حتى مع تفاوتها في أهميتها العملية أو قيمتها الواقعية، وأن نصوص الدستور جميعها تنظمها قائمة واحدة في مرتبتها، إلا أن الحقوق والحريات التي كفلها لا تنفصل عن بعضها البعض. ذلك أن كل حق أو حرية يعتبر مدخلاً لغيره، أو موطناً لتقرير وسائل حمايته، وتشدّها إلى بعضها الأغراض النهائية التي تتوخاها. وتتقضى مجالاتها الحيوية تساندها فيما بينها، لتعمل جميعها في إطار القيم التي يحتضنها الدستور.

ومن ثم لا تتمايز نصوص الدستور فيما بينها، ولو قدم الدستور - في الطريقة التي رتبها بها - حقاً أو حرية بذاتها على غيرها (١).

#### رابعاً: النظرة الأشمل لنصوص الدستور

##### هي الطريق لفهمها

٢٥٩- لا يجوز أن يدور الفصل في المسائل الدستورية، حول جوانبها الجزئية، ولا أن يحوم حول أسوارها الخارجية دون نفاذ إلى أعماقها، ولا أن يفصل مقدماتها عن نتائجها، ولا فروعها عن أصولها، ولا أن يعمد إلى تجزئة نصوص الدستور، ولا إلى عزلها عن القيم الكامنة وراءها، أو الأغراض النهائية التي تتعاون على تحقيقها؛ ولا تحليلها بعيداً عن النظرة الأشمل لها على ضوء القضاء المقارن والحقائق التاريخية التي أخرجتها من رحمها.

فإذا استقام لجهة الرقابة على الدستورية فهم خصائص المسائل الدستورية المطروحة عليها، أعانها ذلك على تحديد نطاق الخصومة الدستورية، وحقيقة المطاع المثارة فيها بصورة أدق، ونطاق المصلحة الشخصية التي وجهتها.

(١) "نسوريه عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ٢٠٠٢ "مستورية" - جملة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٥١

من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وكما قرر الدستور قاعدة تعتبر أصلاً في المسائل التي تحكمها، كالنص في الدستور على الحق في الحياة وعلى ضمان الحرية الشخصية كأصلين يمتنعان كافة القيود غير المبررة على البدن؛ ويرفضان معاملة الشخص بطريقة غير إنسانية؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ فإن فهم هذه الفروع جميعها وإعطاءها دلالتها، يقتضى إرجاعها إلى أصل الحق في الحياة وفي الحرية الشخصية اللذين يحكماها<sup>(١)</sup>.

كذلك، فإن النظرة الأشمل لنصوص الدستور، هي التي ترد إلى هذه النصوص جميعها، صور العوار المتعلقة بالنصوص القانونية المطعون عليها. ذلك أن تحقق المحكمة الدستورية العليا من وجود صور العوار المدعى بها أو تخلفها يقتضيها أن تسلط عليها نصوص الدستور جميعها، حتى إذا بان لها خلو النصوص المطعون عليها، من كافة مظان عيوبها؛ حررتها من شبهة مخالفة الدستور.

#### خامساً: ما لا يدخل في تقييم دستورية النصوص القانونية

٢٦٠- تتحصر مخالفة النصوص القانونية للدستور في صور بذواتها يندرج تحتها:

١- أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يرتبط بما إذا كان المشرع قد صاغها وفق معيار مرن ضمناً لاتساعها لأوضاع تتباين ظروفها، أم أفرغها في صورة جامدة توحيداً لفروض تطبقها<sup>(٢)</sup>.

٢- تعدد الوثائق ذات القيمة الدستورية، لا يمنع من ضمها إلى بعضها. ذلك أن اجتماع حقوق المواطنين وحرياتهم في وثيقة واحدة، أو تفرقها بين وثائق متعددة، قد يكون مبرراً بالحقائق التاريخية، أو بغير ذلك من الأوضاع الخاصة التي قارنتها، بما في ذلك الوسائل الفنية لصياغتها.

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق 'دستورية' - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٦ - ص ٩٦٧ من الجزء الثامن.

(٢) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٨ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ - قاعدة رقم ١٢/١٢ - ص ١٧٥ من الجزء الثامن.

ولا شأن بالتالى لهذه الحقائق أو الأوضاع أو الوسائل بمرتبة هذه الوثائق، ولا بوجوب الرجوع إليها، والتوفيق بينها<sup>(١)</sup>.

٣- تخلى السلاطين التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها أو تفرطها فى مسئوليتها قبل مواطنيها، مؤداة تسليها من تنظيم بعض الحقوق والحريات التى لا يكتمل الانتفاع بها بغير تدخلها. ويعتبر هذا الامتناع مخالفا للدستور، ولو قيل بأن مسئولية تقويم ذلك الامتناع فى كل صورة- مردها إلى هيئة الناخبين.

٤- ما نقضى به المادة ١٩٣ من الدستور من أن يبقى صحيحا وناظرا كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور، لا يتوخى غير مجرد استمرار العمل بنصوصها، دون تطهيرها مما قد يشوبها من عوار يبطئها، وبما لا يحول دون تعديلها أو إلغائها وفقا للدستور<sup>(٢)</sup>.

٥- لا شأن لدستورية النصوص القانونية، بالكيفية التى يتم بها تطبيقها، ولا بالصورة التى فهمها بها القائمون على تنفيذها<sup>(٣)</sup>.

٦- ليس لازما لتقرير مخالفة للنصوص القانونية المطعون عليها للدستور، أن تنتج إدارة المشرع إلى الخروج على أحكامه. وإنما يكفى لإبطالها، أن يكون خروجها على الدستور، مبناه خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية فى التقدير؛ أو سوء فهمها للدستور؛ بل ولو كان وقوع المشرع فى هذه المخالفة قد تم بطريقة عرضية غير مقصودة.

٧- لا شأن للرقابة على الشرعية الدستورية، بالسياسة التشريعية التى استتمبها المشرع لتنظيم أوضاع يواجهها، كلما كان تنفيذها -من خلال النصوص التى أقرها- لا يصادم حكما فى الدستور<sup>(٤)</sup>.

(١) دستورية عليا -نصية رقم ٣٥ لسنة ٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٤/٤ -قاعدة رقم ١٦/٢٧ -ص ٢٤٤ من الجزء السادس.

(٢) النصية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية عليا" -جلسة ١٩٧١/٣/٦ -قاعدة رقم (١) من ٣ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة فى الدعوى الدستورية.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٤/٨٩، ٥ -ص ١٢٢٠ من الجزء الثامن.

(٤) "دستورية عليا" -نصية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٥/٨٨ -ص ١٢١٢ -١٢١٣ من الجزء الثامن.

٨- للنصوص القانونية بواعثها التي لا يجوز أن تخوض فيها جهة الرقابة على التشريعية الدستورية. على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن بواعثها هذه كثيرا ما تختلط بالأغراض التي يتوخاها المشرع، لتحدد قدر أو درجة انحرافها عن المصلحة العامة. فملا يكون التحقيق في بواعثها تلك، غير دليل إما على سوء استعمال المشرع لسلطته، أو على تقييده بضوابط مباشرتها.

٩- كذلك فإن احتكام المشرع لحكم العقل فيما يراه تنظيما تشريعيا موافقا للدستور، قد يناقض التقدير القضائي لها. فلا يعتد بغير هذا التقدير في تقرير دستوريته.

١٠- يفترض إلغاء المشرع لنصوص قانونية بذواتها، أن تكون أداة إلغائها صحيحة وفقا للدستور. فإذا قام الدليل على بطلانها بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، لم يعد لها من أثر في مجال إنهاء العمل بالنصوص القديمة. وإنما تبقى على حالها، وتعامل بافتراض أن تغييرا لم يطرأ عليها<sup>(١)</sup>.

١١- إذا نظم المشرع من جديد الموضوع الذي سبق أن تقررت قواعده بتشريع مسابق، اعتبر ذلك إلغاء ضمنا للنصوص القديمة، لتحل محلها النصوص الجديدة من تاريخ العمل بها. وذلك عملا بنص المادة الثانية من القانون المدني. فإذا كانت النصوص القديمة معيبة لمخالفتها للدستور، فإن شوائبها تتعلق بها وحدها، ولا تتسحب إلى النصوص الجديدة التي تستقل عنها، والتي أحلها المشرع محلها<sup>(٢)</sup>.

١٢- تتعلق الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بالنصوص القانونية التي قام وجهه لإبطالها بالنظر إلى مخالفتها الدستور. ذلك أن تعييبها لا يفترض ولو لم تقرها السلطة التشريعية أو تصدرها السلطة التنفيذية في الصورة التي يتوقعها المواطنون.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٨ لسنة ٦ ق "دستورية" - جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/١٠٥ - ص ١٣٩٢ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ٣/١٣ - ص ٧٤ من المجلد الأول من الجزء الثامن.

١٣- لا يجوز التمييز في مجال الأوضاع الشككية التي يتطلبها الدستور فسي النصوص القانونية، بين شككية جوهرية وأخرى ثانوية. ذلك أن الشككية التي يقتضيها الدستور واحدة في أهميتها ودرجتها، وضرورة النزول عليها.

ويتعين بالتالي إفراغ هذه النصوص في قوالبها التي فرضها الدستور، وذلك حتى لا تفقد خصائصها كقواعد قانونية تستمد صفتها هذه من قوة الإلزام الكامنة فيها. ذلك أن تجردها من هذه القوة يعدمها، ولو كان مضمونها موافقا للدستور.

ولا كذلك الشككية التي يتطلبها القانون لاتخاذ إجراء معين. ذلك أن الإجراء ولو كان معيبا، ينقلب صحيحا بتحقيق الغاية من الشككية التي تتطلبها المشرع فيه<sup>(١)</sup>.

١٤- لا يجوز إبطال النصوص القانونية الموافقة للدستور، ولو لم تلتزم قيما تقديمية ارتضتها الأمم المتحدة لنفسها. بل ولو كان القانون المقارن يناهض هذه النصوص ويقرر عكسها، أو يفضل عليها غيرها. ذلك أن ما تراه بعض الدول من ثوابتها، يخصها وحدها، ولا شأن لسواها بها أيا كان قدر صوابها. فإذا فارقتها نظم إقليمية، تعين الرجوع إلى الدستور الذي يحكمها دون غيره. بشرط ألا تخل هذه النظم بالحقوق الجوهرية للإنسان.

#### سادسا: امتناع تقرير بطلان على بطلان

٢٦١- إبطال النصوص القانونية بحكم قضائي، مؤداه زوالها وانتهاء وجودها. ولا يتصور بالتالي تقرير بطلان جديد على شيء صار معدوما. فالساقط لا يعود.

ولا ينقسم البطلان أو يتجزأ حتى مع تباين أوجهه واختلافها فيما بينها.

إذ هو بطلان واحد محله النصوص القانونية التي تعلق بها. ولا تتمايز أوجهه أو روافده في نتائجها، ذلك أن كلا منها يعتبر كافيا بذاته لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق 'دستورية' جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢/١٦ - ص ٢٦٦ من الجزء الثامن.

فلا يمتاز بطلان في طبيعته ودرجته وأثره، على بطلان آخر. فإذا اتصل وجهه للبطلان بنص قانوني، فقد هذا النص وجوده، وهمد نبض الحياة القانونية فيه، ولا يتصور أن يحيا من جديد ليتعلق به بطلان آخر. (١)

#### سابعاً: امتناع تفسير الدستور في غير خصوصية قضائية

٢٦٢- تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بتفسير الدستور من خلال خصوصية قضائية تدخل في ولايتها، وتتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، وبشروط أن يكون إجراء هذا التفسير لازماً للفصل في المسائل التي تطرحها هذه الخصومة. فإذا كان مجرد تفسير الدستور هو موضوع هذه الخصومة، خرج هذا التفسير عن ولايتها. (٢)

ويتبدى خطورة تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، في أن صدور هذا التفسير يفقد ليس فقط المحكمة الدستورية العليا، بل كذلك المحاكم جميعها خاصة وأن صدور هذا التفسير يمنعها من تعديله، ومن فهم الدستور وتطويره على ضوء الأوضاع المتغيرة. بما يناقض حقيقة أن الدستور وثيقة نابضة بالحياة، قابلة للتفسير المرن. ولا كذلك أن يجمد تفسير الدستور عند لحظه زمنية بعينها إذا ران التحجر على فهمه من خلال مقاييس منصرمة.

#### ثامناً: لا افتراض لشرط المصلحة في الخصومة الدستورية

٢٦٣- لا يناقض شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، طبيعتها العينية، ولا أوضاع الفصل فيها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ثم يندمج هذا الشرط في نظمها الإجرائية عملاً بنص المادة ٢٨ من هذا القانون. ذلك أن عينية الخصومة الدستورية، لا تعني أكثر من أن النصوص القانونية المطعون عليها، هي مدار هذه الخصومة أو موضوعها. وأن مقابلتها بنصوص الدستور للتحقق من تطابقها معها أو مخالفتها لها، هو هدفها أو غايتها النهائية.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤ لسنة ١٤ ق "دستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - مساعدة رقم ٣٠ - ص ٤١٧ و ٤١٨ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٣ ق "دستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - مساعدة رقم ١٥ ص ١٤٩ من الجزء السادس. ويلاحظ أن مؤدى عدم جوف تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، أن الطلب المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتعارض مدعى به نص في الدستور، يخرج عن اختصاصها.



ولكن هذه الخصومة تظل واقعة في نطاق حق التقاضي كوسيلة لرد عدوان على حق أو حرية انتهكتها النصوص القانونية المطعون عليها. ويتعين بالتالي أن يتعلق الإخلال بهذا الحق أو بتلك الحرية بشخص معين، وأن تكون مصلحته الشخصية المباشرة - القائمة أو المحتملة - ظاهرة في رد هذا العدوان.

والقول بأن لكل مواطن صفة مفترضة في اختصام النصوص القانونية، ومصلحة مفترضة في إهدارها، مردود أولاً: بأن الأصل في الخصومة هو تعلقها بمنفعة يقرها القانون. ولا يقرر القانون أن يتحول النزاع القضائي إلى نزاع لمصلحة القانون في صورة مجردة. ذلك أن الفائدة العملية التي يجنيها المدعى من الخصومة الدستورية، هي التي تحركها، وهي دافعها وموجهتها. ومردود ثانياً: بأن استنهاض نصوص الدستور وإزالتها في الخصومة الدستورية، يفترض توافق شروط قبولها. وتكدرج الصفة والمصلحة تحتها.

ومردود ثالثاً: بأن افتراض المصلحة في الخصومة الدستورية، يحيلها إلى خصومة أصلية بعدم الدستورية لا صلة للحكم الصادر فيها بنزاع موضوعي قائم. وإنما ينحصر موضوعها في تقرير حكم الدستور مجرداً في شأن المسائل التي تنثيرها هذه الخصومة.

وهو ما يعتبر انتقالاً بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا غيره من القوانين والسماتير الأجنبية في عموم تطبيقاتها<sup>(١)</sup>.

#### تاسعاً: افتراض دستورية النصوص القانونية

٢٦٤- لا يفترض في النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو أصدرها، أنه صاغها لنقض حقوق كلها الدستور لأصحابها أو لحجبها عنهم.

وإذا كان ذلك هو الأصل، إلا أن هذا الافتراض لا يقوم في الأحوال الآتية:

(١) "دستورية عليا" - لل قضية رقم ١ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ - القاعدة رقم ٩/٢٤، ١٠ - من ٢٨٤ و ٢٨٥ من الجزء السادس.

أولاً: أن يكون ظاهراً من وجه النصوص القانونية المطعون عليها، مخالفتها للدستور، كذلك التي تقوم على التمييز بين المواطنين بناء على اللون أو بالنظر إلى اختلافهم في العقيدة، أو بناء على معارضة السلطة في توجهاتها، أو لتجريمها أفعالاً لا تقتضي الضرورة الاجتماعية تنعيمها.

ثانيهما: أن يكون النص القانوني المطعون عليه مكوناً من أجزاء متعددة، متداخلة معانيها، منبهما فواصلها، بحيث تضطرب في الركائز التي تقوم عليها.

ثالثاً: أن تخل النصوص المطعون عليها بحق أو بحرية أساسية كلها الدستور. إذ يعمل كل عدوان تشريعي جسم عليها، باعتبارها مشتبهاً فيه؛ ومقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تقيّد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة جوهرية قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالاً بها.

#### عاشراً: ليس ثمة نصوص توجيحية في الدستور

٢٦٥- ليس في الدستور -ثأته في ذلك شأن القانون- ثمة نصوص مجردة من آثارها القانونية، وإلا كان تكوينها في الدستور غير محمول على معنى الإلزام بأحكامها؛ ومنصرفاً إلى تخيير المشرع بين القبول بها أو إهمالها، حال أن التخيير بين بديلين يفترض تساويهما في القوة أو الأثر. وهو ما لا يتصور في نصوص الدستور التي تعلق بمنزلتها على ما دونها من النصوص القانونية. وما قصد الدستور بها إلا إخضاع كل سلطة لأحكامها، ليكون تطبيقها فرض عين. فضلاً عن أن القول بالطبيعة التوجيهية لنصوص الدستور، يناقض خصائصها كقواعد أمرة لا يجوز إهمالها أو التخلي عنها<sup>(١)</sup>.

#### حدي عشر: الأصل في السلطة التقديرية هو الإطلاق

٢٦٦- الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط من إطلاقها، وتكون تحوماً لها لا يجوز اقتحامها.

بما مؤداه أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية والتعزيرية في مجال إقرار أو إصدار النصوص القانونية، فإن لهاتين السلطتين أن يتباشرا اختصاصاتهما

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٩٨١ ق- دستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٥ -قاعدة رقم ٥١- ص ٧٩٤ من الجزء الخامس.

التقديرية بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية، والتي لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن بمعاييرها الذاتية- السياسية التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تناقشها أو تخوض في ملازمة تطبيقها عملا؛ ولا أن تتحمل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي توخاها المشرع؛ ولا أن تكون خياراتها بديلا عن عمل السلطة التشريعية أو التنفيذية اللتين يكفيهما أن تباشرا الولاية التي تختصان بها في الحدود التي بينها الدستور، وأن يستلها في ذلك أغراضا يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق هذه الأغراض، مرتبطة عقلا بها<sup>(١)</sup>.

#### ثاني عشر: بعض ضوابط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٢٦٧- لا ينحصر مجال الرقابة على الشرعية الدستورية فيما أدخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كفلها الدستور، ولكنها تتناول كذلك ما أهدره ضمنا من هذه الحقوق، ولو كان إنكارها أو تنقيدها قد وقع عرضا.

ذلك أن الرقابة القضائية لهذه النصوص، لا تواجه غير الآثار القانونية التي رتبها في حق المخاطبين بها، ولا شأن لها بنوايا المشرع وخواطره التي يتعذر تقصيها في أعضاء السلطة التشريعية جميعهم، أو التكيل على توأمتهم إضرارا بالمخاطبين بالنصوص القانونية التي أقرتها.

وحتى بافتراض توافق أعضاء السلطة التشريعية على تطبيق الدستور، وخروجهم عملا على أحكامه، فإن نواياهم السليمة لا ترفع عن النصوص التي أقرتها، عوار بطلانها. فلا يكون تقرير هذا البطلان غير جزاء يصيبها بقصد إنهاء العمل بها حتى لا يتحمل أوزارها من أخضعهم هذه النصوص لأحكامها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين أن يكون سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وانحرافها عن أهدافها، وأشباه بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستئثارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لنصرفها إلى غير وجهتها.

(١) "دستورية عليا"- القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية"- جملة ٤ فبراير ١٩٩٥-قاعدة رقم ٣٦ ص ٥٢٩ من الجزء السادس.

(٢) "دستورية عليا"- القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جنة ١٢/٢ ١٩٩٥-قاعدة رقم ١٧ ص ٢٢٩ من الجزء السادس.

ومن ثم كان سوء استعمالها للسلطة عيباً قصدياً، وطعنا احتياطياً، لا يقوم الدليل عليه بالنظر والتخيل. بل من عيون الأوراق ذاتها التي تقصص عنها مضايقات أعمالها وغيرها من الوثائق ذات الصلة التي بطمئن إليها.

#### ٢٦٨- ويلاحظ كذلك ما يأتي:

١. لا يؤخذ برجعية النصوص القانونية -وهي محظورة في المواد الجنائية- إلا إذا قام الدليل على أن أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم -لا أغلبية الحاضرين منهم- قد أقرروا برجعية هذه النصوص، بعد وقوفهم على حقيقتها، والآثار التي ترتبها، والدائرة التي تعمل فيها، فلا يكون قبولهم بالآثر الرجعي مظلوناً، بل ثابتاً على وجه قطعي (١).

٢. أحكام الدستور التي تتضمن إلى بعضها في تقييم دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ يتعين إنزالها في مجموعها على هذه النصوص. ومن ثم تستتبع النصوص القانونية المدعى إخلالاً بالحق في التقاضي، كل ضمانات يقتضيها الدستور للفصل في الحسوق بطريقة منصفة، بما في ذلك ضمانات الدفاع؛ وحق الناس جميعهم في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي؛ وبأن تكون العدالة مفتوحة أبوابها للقادرين والمعوزين؛ وبأن يتوافر لكل متهم بجريمة، الحد الأدنى من الحقوق التي يتوازن بها موقفه مع الأسلحة التي تملكها سلطة الاتهام في مواجهته.

٣. لأن كان للمشرع أن يعدل من الحقوق التي يكفلها أو يلغيها، إلا أن شرط ذلك ألا يكون لإسقاطها أو لتحويلها، من أثر على حقوق نص عليها الدستور أو كفلها. فضمانة رد القضاة من عناصر حيديتهم التي تتعادل في أهميتها ووزنها مع استقلالهم. فإذا أخذ المشرع من خلال تنظيمه للحق في رد القضاة، بضمانة الحيدة التي تحيط بهم، كان مخالفاً للدستور.

٤. كلما كان تنظيم المشرع لأحد الحقوق، سواء في ذلك تلك التي كفلها أو التي نص الدستور عليها؛ غير مكتمل العناصر بما يجعل هذا التنظيم في غير الصورة التي تكفل فعاليتها مباشرة هذا الحق، فإن إغفال تقرير العناصر التي يبلغ بها مداه، وتتحقق من خلالها حيويته، يكون مخالفاً للدستور.

(١) "دستورية عيب" -القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية" -جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٢/٧٧ -ص

٥. تتعلق القواعد القانونية الإجرائية بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغيير. ومن ثم كان الأصل هو سريانها بأثر مباشر في شأن المسائل التي تناولتها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بلأن سريانها المباشر منطوق على رجعية ضمنية<sup>(١)</sup>.

٦. للخاصين لأية قاعدة قانونية، حق الطعن عليها لمخالفتها للدستور، ولو قدم هذا الطعن بعد إلغائها، إذا كان جريان آثار هذه القاعدة في شأنهم بعد تطبيقها عليهم، قد ألحق بهم ضرراً. ذلك إن الأصل في القاعدة القانونية، هو سريانها على ما يقع من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها. فإذا أبدلها المشرع بقاعدة جديدة، لم يعد للقاعدة القديمة من وجود من وقت إلغائها. وصار لازماً أعمال القاعدة الجديدة اعتباراً من تاريخ سريانها. وبذلك يتحدد لكل من هاتين القاعدتين زمن تطبيقها. فما نشأ مكتملاً من المراكز القانونية منتجا لآثاره خلال فترة نفاذ القاعدة القانونية القديمة، يظل محكوماً بها وحدها<sup>(٢)</sup>.

٢٦٩- بيد أن قضاء المحكمة الدستورية العليا دل كدك، على أن إلغاء النص المطعون فيه بأثر رجعي، مما تزول به المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية<sup>(٣)</sup>.

وقضاءها في ذلك محل نظر من جهتين:

أولاهما: أن الإلغاء المجرد للنصوص القانونية -ولو بأثر رجعي- لا يفيد بالضرورة أنها لم تحدث آثاراً قانونية في محيط العلائق القانونية قبل إلغائها.

ويتعين بالتالي حتى يجوز القول بانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة في النصوص القانونية التي ألغاه المشرع بأثر رجعي، أن يقتصر إلغاؤها بضرورة كافة الآثار القانونية التي أحدثتها، والتي أصير منها المخاطبون بالنصوص القانونية قبل إلغائها.

(١) الحكم السابق ص ١١٠١. وهو ما أكتته المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية بنصها على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها. لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى القوانين التي تحمل ميعاداً كان قد بدأ قبل تاريخ العمل بها؛ أو التي تكون منشئة أو ملغية لطريق طعن في شأن حكم صدر قبل نفاذها، أو إذا كان من شأنها تعديل اختصاص قائم، وكان العمل بها قد بدأ بعد قتل باب المرافعة في الدعوى بما يدل على استواء الخصومة للفصل في موضوعها.

(٢) "تسوية عليا" -للقضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق "تسوية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -مساعدة رقم ٦/٢٤ ص ٣٧٢ من الجزء التاسع.

(٣) القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية "تسوية" -خضة ١٩٩٩/٨/١ -قاعدة رقم ٤٣ ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانيهما: أن إلغاء النصوص القانونية -سواء تم بأثر رجعي أو بأثر مباشر- يفترض وجود هذه النصوص قانوناً حتى يتعلق الإلغاء بها. فإن كان بطلانها متأثراً من مخالفتها للدستور -كما لو أصدر رئيس الجمهورية قراراً بفرض ضريبة عامة- فإن هذه النصوص تعتبر معدومة منذ صدورهما. ولا يتصور بالتالي أن يتعلق بها إلغاء تشريعي -ولو بأثر رجعي- بالنظر إلى انعدام محله.

• كل قاعدة قانونية لا تنتشر، لا يقارنها إخطار بحقيقتها، ولا بشروط تطبيقها. فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبرها الدستور شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحررياتهم على اختلافها. ومثل هذه القاعدة لا نفاذ لها، لا هي ولا للقاعدة القانونية التي تم نشرها، ولم يبدأ بعد ميعاد سريانها. فلا يكون حمل الأفراد على الرضوخ لها -وهم من الأغيار في مجال تطبيقها- إلا خروجاً على مبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكما كان فرض القاعدة القانونية ولقاً قبل نفاذها، أخل سريانها في شأن المخاطبين بها، بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العدوان عنها، عملاً مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

• مناط دستورية المزاي التي يكفلها المشرع لفريق من الناس دون آخر، اختلاصهم في المراكز القانونية عن بعضهم البعض. ذلك أن تساويهم فيها، مؤداه أن يكون التمييز بينهم تحكيمياً، ومخالفاً للدستور بالتالي<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ -قاعدة رقم ٧٣ -ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ١٤٠/٧٣، ٦١٥ -ص ١٠٥٨ من الجزء الثامن.

(٣) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ١٩٨٩/٤/٢٩ في القضية رقم ٢١ لسنة ٧ ق: "التمييز بين من استوفوا شروطاً معينة وما بعدهما من الجزء الرابع، بأن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق لا تعيق عليها ما دام الحكم التشريعي الذي قرره قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تتطوى على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية؛ ولا تهر بصا في النصوص. فإذا كان المشرع قد توخى بالزيادة في الأجرة التي فرضها، المحافظة على المباني القديمة المؤجرة لغير أغراض السكنى باعتبارها ثروة قومية، ولتعويض ملاكها عن انخفاض أجرها مع توفير مصير لتمويل ترميمها وصيانتها؛ فإن معاملة الأماكن المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهن الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهر غير التجارية، معاملة المباني المؤجرة لأغراض السكنى، وإعفاؤها بالتالي من الريادة في الأجرة، رغم تحقق ما يطالبها، يكون مخالفاً للدستور."

\* تحمل النصوص القانونية التي دل المشرع بعموم عباراتها على انتفاء تخصيصها، على اتساعها لكل ما يندرج في مفهومها. ذلك إن عموم عبارة النص، تقيد استغراقها لكل أفراد، واشتمالها بالتألي على المخاطبين بها كافة، فلا تختص فئة من بينهم بحكمها<sup>(١)</sup>.

\* لا يخصص النص العام بغير دليل. كذلك فإن كل تنظيم خاص يعامل بافترض انصرافه إلى المسائل التي تعلق بها وحدها، فلا يجوز إسنادها لغيرها، ولا أن يقاس عليه وقد وضع على سبيل الانفراد<sup>(٢)</sup>.

### ثالث عشر: جواز تحديد غير المباشر للمسائل المثارة في

#### الخصومة الدستورية بطريق غير مباشر

٢٧٠- تعتمد معظم الأحكام القضائية في تأسيسها علم الأدلة غير المباشرة كالقرائن الظرفية. وكثيراً ما تستخلص المحاكم من واقعة حقيقتها، الدليل على واقعة تجهلها.

والمسائل الدستورية في ذلك، شأنها شأن عناصر النزاع التي تحققها المحكمة، فلما يكون الدليل عليها مباشراً.

ذلك أن المحكمة تعمل نظرها في كل واقعة مطروحة عليها، وتصل أجزاءها ببعضها من خلال عملية عقلية تكفل الحد الأدنى لاتساقها. فلا تأخذ في اعتبارها بغير الخطوط الرئيسية التي تجمعها، تاركة وراءها بعض مظاهر التعارض التي قد تلاعبها.

ومن خلال هذه العملية العقلية، لا يكون نظرها في عناصر النزاع غير نفاذ إلى جوهرها على ضوء ما قصد المدعى حقاً بدعواه.

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق 'دستورية' - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٢/٨٣ - ص ١٥٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق 'دستورية' - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٥/٣٢ - ص ٤٤٧ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ٤ ق 'دستورية' - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣/٣٤ - ص ٣١١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٣ قضائية تفسير - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١ - ص ٣٩٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فلا يؤخذ بعبارة شاردة ضمنها صحتها، ولا بكلمة لم يزنها ويقرها حق قدرها. وإنما هي دعواه في حقيقة ملامحها، وصادق أغراضها، تستجليها المحكمة وتستصفىها، فلا يكون وقوفها عندها، غير فهم منها لحقيقة النزاع المطروح عليها.

وتلتزم المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن كل هيئة قضائية، بضوابط التفسير القضائي هذه. إذ هي نقطة البداية التي تعينها على إدراك نطاق الخصومة الدستورية المعروضة عليها، فلا تصل الطريق إلى دخائلها، ولا تقنع بالصيغة التي أفرغها المدعى فيها.

وإنما هي حقيقتها التي تتحراها، ومفاسدها التي تخوض في بحثها، وأبعادها التي تستشرفها، مستعينة في ذلك بالتحليل المنطقي الذي يربط ما تفرق من أجزائها، ويشد بعضها إلى بعض بقدر تماسكها وإفضائها إلى صحيح بنيانها.

وهذه النظرة الكلية لضوابط التفسير القضائي، هي التي توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها عند الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها. ذلك أن تعيينها بطريق مباشر ليس شرطاً لتحديدتها.

ولئن كان قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص في المادة ٣٠ على أن يبين المدعى في الخصومة الدستورية ماهية المخالفة الدستورية التي ينسبها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، ووجه تعارضها مع الدستور؛ إلا أن ما نراه في شأن تفسير هذه المادة، هو أن ينظر إليها من ناحيتين:

أولاهما: أن الخصومة الدستورية تقوم على ادعاء بمخالفة نص قانوني للدستور.

ويفترض ذلك أن يعين المدعى هذه النصوص، وأن يبين كذلك ماهية المخالفة الدستورية التي نسبها إليها حتى تحققها المحكمة الدستورية العليا.

فإذا سها المدعى عن بيان هذه المخالفة، تعين عليها أن تقابل النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور، وقوفاً من جانبيها على نطاق التعارض بين نصين يختلفان في مرتبتيهما حتى تستظهر نطاق الفجوة بينهما. ذلك أن تصادم نصين في دائرة التقابل بينهما، يحدد قدر توافقيهما أو تخالفهما. فإذا طعن المدعى في دعواه الدستورية على الفوائد الربوية التي فرضها المشرع،



وأغل بيان نص الدستور الذى حرّمها، تعين حمل مقاصده من دعواه هذه، على مخالفة فرضها لنص المادة الثانية من الدستور. وقد لا يهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، ولكنه يعينها بطريقة لا توضحها بصورة كافية.

وعلى المحكمة الدستورية العليا - من باب أولى - أن تستعين عندئذ على فهمها بضوابط التفسير القضائي. فالنمى على ضريبة ما إخلالها بالمقتررة التكبيفية للممول ومساواتها فى عبئها بين القادرين والمعوزين، يدل على أن ما نوحاه المدعى بدعواه الدستورية، هو اتهام هذه الضريبة بالإخلال بضوابط العدالة الاجتماعية التى تعتبر أساس كل الأعباء المالية التى تقتضيهما الدولة ممن تكلفهم بأدائها وفق نص المادة ٣٨ من الدستور.

بما مؤده أنه سواء أهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، أو حددها بطريقة غير كافية، فإن طرائق التفسير القضائي، قد تجلّوها وتبين حقيقتها.

ثانيتهما: أن نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا يلزم المدعى فقط ببيان نوع المخالفة الدستورية التى نسبها إلى النصوص المطعون عليها والتى قال بتزديدها فيها؛ ولكنه يكلفه كذلك بيان وجهها. وليس ذلك إلا تكليفاً للناس بما لا يطيقون؛ وهو كذلك إغراق فى شكلية لا محل لها. ذلك أن تحديد وجه المخالفة الدستورية لا يتصل بنوعها، وإنما ببيان نطاق التعارض بين النصوص المطعون عليها والدستور. وفى ذلك خروج على حقيقة الرقابة التى نباشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن المسائل الدستورية التى تنثيرها الخصومة الدستورية، ذلك أن هذه المحكمة لا تنقيد لا بنوع ولا بوجه المخالفة الدستورية التى نمبها المدعى فى الخصومة الدستورية، إلى النصوص القانونية المطعون عليها. ومرد ذلك أنها لا تقابل هذه النصوص بأجزاء من الدستور دون غيرها، وإنما هى نظرة شاملة تتعمق بها تلك النصوص لتسلط عليها الدستور فى تمام أحكامه، وترباط أجزائه، واتصال أغراضه، وتضافر القيم التى يحتضنها.

وتلك هى الوحدة العضوية للدستور التى يكون بها كلا غير منقسم. وعلى ضوئها تحدد المحكمة الدستورية العليا بنفسها، حقيقة أوجه العوار فى النصوص القانونية المطعون عليها.

بغض النظر عن الصورة التي رسمها المدعى في الخصومة الدستورية لها، أو التي أهمل بيان ملامحها أو حتى شوهها<sup>(١)</sup>.

رابع عشر: يتعين الحكم ببطلاق النصوص المخالفة للدستور،  
ولو كان إعمال أثره يقتضى تدخلًا تشريعيًا

٢٧١- يتعين الحكم ببطلاق النصوص للقانونية المخالفة للدستور، ولو كان أعمال أثر هذا الحكم يقتضى تدخلًا تشريعيًا<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص معين، يفيد بالضرورة تحقق عوار فيه. ويتعين بالتالي أن تتدخل السلطة التشريعية، بوسائلها وأدواتها -كلما كان ذلك ضروريًا- لتنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/١١/١٢ -قاعدة رقم ٦/٦٨ -ص ٩٧٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية قضائية -جلسة ١٩٩٥/٨/٥ -قاعدة رقم ٧ -ص ١٢٧ من الجزء السابع. ففي هذه القضية كان نص المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب، لا يجيز الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص بما يفتح طريق الطعن فيه من خلال تدخل تشريعي يحدد الجهة القضائية التي تفصل في هذا الطعن، وكذلك كيفية تشكيلها.

(٣) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٩ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٩/١١/٦ -قاعدة رقم ٤٨ -ص ٣٩٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الفصل الثاني عشر

#### الرقابة القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع في الدولة

##### المبحث الأول

##### صور الصراع على السلطة والحقوق

٢٧٢- وكلما احتدم الجدل السياسي داخل الدولة، أو اتخذ النزاع بين أفرادها شكل صراع معها حول حقوقهم وحرياتهم وقدر ضماناتها لها، فإن وجود جهة الرقابة على الدستورية يؤذن بتحول هذا الصراع من طبيعته السياسية، إلى حلول قانونية توفرها هذه الجهة لأطرافه، فلا يتحول غضبهم من الدولة إلى الثورة عليها، بل تتوسط جهة الرقابة على الدستورية بينهم وبينها Tiers médiateurs وتعيد بنفسها صياغة الممائل المتنازع عليها، وتحل ملاحها المختلفة إلى نقاط قانونية تحيط بها، فلا يكون الحكم الصادر فيها إلا منها لتوتر قائم.

فالنزاع السياسي حول التأميم بين أنصار تدخل الدولة ودعاة الرأسمالية المتحررة من القيود، تقضه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال إحالتها إلى نصوص الدستور التي تحكم هذا الموضوع، وتوفيقها بينها قدر الإمكان، وبيانها للحدود التي يكون فيها التعويض عهن للتأميم عادلا<sup>(١)</sup>.

وقد يدور النزاع كذلك حول حدود السيادة الوطنية، وجواز تقييدها من خلال معاهدة دولية.

وقد يتخذ النزاع أبعادا مختلفة في مسائل متفرقة، كتلك المتعلقة بنصفية القطاع العام؛ أو بنطاق حرية الأفراد في النفاذ إلى وسائل الاتصال على اختلافها؛ أو بالكيفية التي يتم فيها

---

(١) بمجرد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره في ١٦ يناير ١٩٨٢ بتسوية التأميم حتى أعلن المستشار العام لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن قرار المجلس بمطابقة التأميم للدستور، قد أنهى الجدل الرائع للمعاصرة حول دستوريته، وهو الجدل الذي أنارته أثناء الحملة الانتخابية الرئاسية Le Monde du 19 Janvier 1982.

الاقتراع العام المباشر لاختيار أعضاء السلطة التشريعية؛ أو بالمعايير التي يتحدد على ضوءها من يعتبر لاجئاً سياسياً وفقاً للدستور.

ويظل التساؤل قائماً حول ما إذا كان للحياة السياسية قوانينها الخاصة، أم أن القانون العام هو الذى يحكمها.

وربما نلاحظ بقدر كبير من الدهشة، أن الذين يديرون الحياة السياسية ويحكمون قبضتهم عليها، أو على الأقل يوجهونها وفق مصالحهم، كثيراً ما يؤسسون نزاعهم مع خصوصيتهم على قواعد من الدستور، ويطلبون تطبيقها لفض خلافهم.

وإذ يعرضون أمر هذا النزاع على جهة الرقابة على الدستورية -سواء تعلق بحق المرأة فى إجهاض نفسها أو بتحويل القطاع العام إلى خاص، أو بحق رئيس الجمهورية فى العفو عن الجريمة أو عقوبتها، أو بجواز التأميم، أو بما إذا كان للدخول فى معاهدة دولية يخل بحقوق السيادة الوطنية- فإن جهة الرقابة القضائية -المحايدة فى تشكيلها وفى طبيعة وظيفتها القضائية- تحيل صور النزاع هذه -وجميعها من طبيعة سياسية- إلى مشكلة قانونية بمعضلاتها ومعداتها، وطرق مناقشتها، وأسلوب حلها.

فلا يركن رجال السياسة، الذين يؤيدون موقفاً أو يعارضونه، إلى الوسائل السياسية لفض ما شجر بينهم من نزاع. ذلك أن هذه الوسائل نكتنفها محاذير الصراع، وعوامل التفريق والتساحر والمناورة، وتعميق مناطق النفوذ، وتقاسم الغنائم. ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التى تعمل على التوسط بين الفرقاء، وتقرير حلول توفيقية فى المسائل المتنازع عليها من خلال مفاهيم قانونية تحيط بعناصرها، وتتحول بها الرؤية السياسية إلى لغة ورؤية قانونية، لها أثرها على الطريقة التى يوجه بها الطاعنون خطابهم إلى الجهة القضائية التى تتولى الرقابة على الدستورية. فهم لا يخطبونها إلا وفق الأوضاع، وفى نطاق الأجل المنصوص عليها فى قانونها. ويديرون بالحجج القانونية، حدلهم حول المسائل التى يختفون عليها، بما فى ذلك بيان أوجه مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، وكذلك تحديد نوع الحقوق التى أخلت بها النصوص القانونية، ونطاق هذا الإخلال ومداه.

فإذا فرغ الخصوم من عرض نزاعهم على جهة الرقابة على الدستورية، وكذلك من بيان حججهم التي يقدمونها لتأييده؛ كان على هذه الجهة أن تفصل فيه بمغايير موضوعية لا شخصية. وقد تطرح هذه الجهة حلولها لهذا النزاع في شكل مبادئ قانونية لا ينحصر تطبيقها في الحالة المعروضة عليها. وهو ما يكفل لجهة الرقابة القضائية حيويتها، واتساع نطاق اجتهداتها، وإن ظل واجبا عليها أن تواجه القانون المطروح عليها، لتفصل بصفة نهائية في دستوريته، فلا يبقى النزاع بعد هذا الفصل قائما، ليظهر الحكم الصادر عنها، باعتباره نتاج حوار بالوسائل القانونية انحسم على مقتضى القواعد الدستورية ذات الصلة، وصار عنوان الحقيقة القضائية التي قررها، والتي يظنفي بها كل جدل حول دستورية هذه النصوص، ولو لم يرض عن حكمها في النزاع كثيرون من الغاضبين<sup>(١)</sup>.

ولا شبهة في أن انتقال النزاع من طبيعته السياسية إلى الصورة القضائية التي آل إليها، عزز دور جهة الرقابة على الدستورية، وزاد من أهميتها ونفوذها؛ ومن تأسيسها لسلطانها على دعائم الدستور؛ ومن إنهاؤها بالوسائل القانونية لنزاع سياسي احتم في بلدها.

بل إن قدرتها على حل هذا النزاع على ضوء مفاهيم قانونية، أعانها على تطوير اختصاصاتها، وحمل المتناحرون من رجال السياسة على اللجوء لرجال القانون يطلبون منهم العون في الدفاع عن مواقفهم السياسية من خلال ما يظاهرها من نصوص الدستور. وقد يطلبون مشورتهم قبل الطعن في النصوص القانونية التي يرونها مخالفة للدستور تحريا لوجه الخطأ أو الصواب في موقفهم السياسي قبل أن يتحول إلى صراع من طبيعة قانونية<sup>(٢)</sup>.

وكان منطقيا أن تؤثر جهة الرقابة القضائية في كافة أشكال الحوار السياسي، وأن تعيد تشكيلها من منظور الحقائق القانونية التي تتصل بها، وأن تفصل فيها على ضوء مفاهيم وقيم

(١) بعد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قضاءه بجواز الدأيم من زاوية دستورية قرر المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن كل ما أثير من جدل زائف أثناء الحملة الرئاسية حول مشروعية التأميم، صار منتهيا.

(٢) ودليل ذلك أن الأساتذة Drago و Delvolvé و Loussouran صاغوا المعارضة رأيا استشاريا في موضوع عدم دستورية قوانين التأميم. وقدم الأساتذة Robert و Luchaire وجهة نظر تدعم موقف الحكومة من هذا الموضوع.

الدستور، كذلك التي تتعلق بضوابط التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية؛ وبحقوق المواطنين جميعهم في ضمان تسويةهم أمام القانون؛ وبما يكفل تكافؤ فرصهم في الإدلاء بأصواتهم في الحملة الانتخابية؛ وحظر تشويهها أو تحريفها عن وجهتها من خلال عملية تقسيم الدوائر الانتخابية. ويندرج تحت القيم التي يكفل الدستور صونها وتبسطها جهة الرقابة لحل النزاع بين الفقاء السياسيين، تلك التي تتعلق بأن صون وجود الدولة مقدم على ضمانها لحقوق الأفراد وحررياتهم، وأن استقلالها وتكامل إقليمها ضمانتان تؤمن من خلالهما كل حق أو حرية يكفلها الدستور. وقد يدخل رئيس الجمهورية في صراع مع خصومه حول حدود ولاية السلطة التشريعية وضوابط الفصل بين ولايتها واختصاص السلطة التنفيذية، أو حول حدود السيادة الوطنية التي يتولى حراستها. وجميعها نقاط قانونية يتحول إليها صراع كان أصلاً من طبيعة سياسية<sup>(١)</sup>.

وقد يعدد رئيس الجمهورية إلى التعاون مع الأغلبية البرلمانية التي تعارض توجهاته الاشتراكية وتعمل على تقييدها، لا بالرضوخ لها، وإنما من خلال مفاهيم قانونية يؤسسها على نصوص الدستور التي تكفل بقاء الدولة واستمرار وجودها *La continuité de L'Etat* وتحدد كيفية مباشرتها لسلطانها.

ونشأ بذلك اتجاه يتصاعد يوماً بعد يوم، مؤداه احتكام الفقاء السياسيين إلى الدستور لحل خلافاتهم، وإلى جهة الرقابة على الدستورية لفضها. بل إن لجوء المعارضة إليها قد يكون جزءاً من استراتيجية شاملة غايتها أن تنزل الهزيمة بالسياسة التشريعية للحكومة بما يكفل لها تحقيق كثير من المزايا لصالحها؛ أهمها إقناع الناخبين بصواب موقفها؛ وتحويلها العملية التشريعية أو إرجاؤها حتى تعمل الأغلبية البرلمانية من أجل تحقيق قدر أكبر من التفاهم معها حول الصيغة النهائية لمشروع القانون، بما يكفل نزول هذه الأغلبية عن بعض مواقفها، واقتراحها من المعارضة في توجهاتها قدر الإمكان.

(١) كان النزاع قد ثار بين الرئيس الفرنسي ميتران والأغلبية البرلمانية المخالفة لتوجهاته الاشتراكية. فقد رفض رئيس الجمهورية التوقيع على الأوامر المتعلقة بالخصخصة على أساس أنها تمس الاستقلال القومي لـدي يعتبر هو حارساً له (*Le Monde* du 16 Jun 1986) وامتنع كذلك عن توقيع الأوامر المتعلقة بتقسيم الدوائر الانتخابية على أساس هذا التقسيم يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية (*Le Monde* du 4 oct 1986) وسأند بعض الفقهاء (Jacques Robert) في هذا الرفض 1986 *Le Monde* 18 avril.

وقد تنهم الأغلبية البرلمانية المعارضين لها بأنهم يعملون من أجل إحراجها والدفاع عن مصالحهم الضيقة التي توجهها عوامل سياسية تقوم على المناورة، ولا تتسم بالجدية.

وقد تدعو الأغلبية المعارضة إلى أن تحتمك في نزاعها معها إلى جهة الرقابة على الدستورية. وقد تعرض الأغلبية بنفسها على هذه الجهة القانون الذي خرج من رحمها لتقتها في مطابقته للدستور.

وعلى هذا النحو تتبادل الأغلبية والمعارضة مواقعهما في عرض القوانين المدعى مخالفتها للدستور على جهة الرقابة على الدستورية. ويكاد أن يصبح احتكامهما إليها أسلوباً ثابتاً يحل الصراع السياسي وصوره الإيديولوجية، أو الأطماع التي يمتزج وراءها، إلى نقاط قانونية تحكمها الأفاق العريضة للدستور. وهو ما يتحقق على الأخص إذا تعذر على رئيس الجمهورية -الحائز على ثقة المواطنين- التوفيق بين توجهاته واتجاه الأغلبية البرلمانية الحائزة كذلك على ثقة مواطنيها، بما يعجز الفريقين عن التعاون المستمر، فلا يكون أمام رئيس الجمهورية -وهو ليس من حزب الأغلبية البرلمانية- إلا أن يلجأ إلى الطريقة المنطقية والعملية الوحيدة التي تكفل مصالح المواطنين في مجموعهم. وذلك بالرجوع إلى الدستور، كل الدستور، ولا شيء غير الدستور.<sup>(١)</sup>

A la question de la coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire, la seule réponse, la seule possible, la seule conforme aux intérêts de la Nation: la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution.

ولأن الدستور الفرنسي مصدر الحقوق التي يكفلها، فقد اعتذر رئيس مجلس الوزراء الفرنسي عن أن يعرض على البرلمان مشروع قانون يخلو غير المواطنين حق الاقتراع على أساس أن هذا القانون وإن كان مرغوباً فيه من الناحية السياسية، إلا أن الدستور قصر حق الاقتراع على المواطنين.

(١) انظر في ذلك خطاب رئيس الجمهورية الفرنسي الذي وجهه إلى البرلمان في ٨ أبريل ١٩٨٦.

### المبحث الثاني

#### مزايا تحويل النزاع السياسى إلى نزاع قانونى

٢٧٣- وإذ تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى دستورية القانون المعروض عليها سواء من قبل المعارضة أو من الأغلبية البرلمانية، فإن قرارها بعدم دستورية هذا القانون، مؤداه تعديل الاتجاه السياسى لهذه الأغلبية.

ومن ذلك أن الأغلبية قد تؤيد قانونا يكفل احتكار قلائل لوسائل الإعلام. فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون؛ كان على الأغلبية أن تقترح على قانون آخر يناهض هذا النوع من الاحتكار، ولو قيل بأن القلة التى تبسط سيطرتها على وسائل الإعلام، أقدر على تطويرها<sup>(١)</sup>.

بل إن الأغلبية -وبالنظر إلى خوفها من لجوء المعارضة إلى جهة الرقابة على الدستورية- عادة ما تأخذ فى اعتبارها -فيما تقره من القوانين- بالقواعد التى أرستها هذه الجهة وكذلك بمبادئها ذات الطبيعة الدستورية.

وقواعدا ومبادئها تلك، هى التى تحكم الأغلبية البرلمانية فى مناقشاتها وتوجهها الوجهة الأكثر اقترابا من الدستور. وهى التى تطرحها المعارضة كذلك بقصد حمل الأغلبية على التقيد بحكم الدستور، لتتخسر الآفاق السياسية عن الجدال القائم، وتحل محلها مفاهيم قانونية حتى داخل السلطة التشريعية ذاتها<sup>(٢)</sup>. وهذا الدور الوقائى للجهة القضائية على القرار السياسى، يبلور صورة من صور التقيد الذاتى للعملية التشريعية Une autolimitation du legislature سواء فيما يتعلق بالمضمون الإصلاحى لهذه العملية، أو بالقيم التى يقوم عليها هذا الإصلاح.

ومن أجل ذلك تخلى اليمين فى فرنسا عن مشروع لتحويل السجون إلى قطاع خاص، La privatisation des prisons. وتخلى اليسار عن مشروع لتحقيق اللامركزية الإدارية. كل من منطلق خوفه من أن تقرر جهة الرقابة بطلان مشروع القانون الخاص بها. وقد دل خوفهم هذا على الدور المتصاعد لهذه الجهة، وتزايد أحكامها فى عمقها وكماها، بما يعيد الحلبة السياسية إلى

(١) I. C. C. 86- 217 D. C. , 19 septembre 1987, R.P. 141.

(٢) C. C. 85- 197 D. C. 23 août 1985, R.p. 70, C. C. 89- 271 D. C., 11 Janvier 1990, R.P. 21; C. C. 83- 165 D. C. , 20 Janvier 1984, R.P. 30.



صحيح توجهاتها. واليوم فإن ما يورق القائمين بالعملية التشريعية، هو ضمان أن تظل القوانين التي يقرونها من شوائبها الدستورية. وكان سعيهم بالتالي حقيقيا من أجل العمل على تنقيتها من مثالبها هذه، باثنين كل جهد سواء في مجال إعدادها أو تعديلها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الخضوع للقانون، صار قاعدة لا يجوز تحريفها؛ يلتزمها رجال السياسة وكأئهم يعيشونها في نومهم ويقتطعهم.

وحتى الأغلبية البرلمانية فإن عرضها على جهة الرقابة لقانون من صنعها قبل إصداره، قد يتوخى توقي أزمة سياسية قد تبدو نذرها في الأفق.

وهو ما يجعل الحياة السياسية -في كافة مظاهرها- محكومة بالقانون في إطار ما يرخص للدستور فيه وما لا يجيزه؛ ليكون الاحتكام إلى قواعده بديلا عن الصراع والتطاحن السياسي.

ومن ثم تظهر جهة الرقابة على الدستورية -سوى الأخص من خلال تنوع وكثرة الطعون التي ترفع إليها، واتساع دائرة تدخلها- عريضة في نفوذها إلى حد تغطيتها الحياة السياسية فسي كثير من جوانبها. فلا تكون المخاطر الناجمة عن تدخلها بعد عرض النزاع عليها، إلا حافزا للخضوع للدستور، وبذل كل جهد لتوقي مخالفته، سواء تعلق الأمر بقانون قبل إصداره أو بتعديل لقانون قائم أو بمشروع قانون، وسواء كان احتمال عرضه على جهة الرقابة راجحا أو ضئيلا<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> انظر في ذلك الكتاب الدورى الشهير لرئيس مجلس الوزراء الفرنسى Roland فى J.O. 25 mai 1988, p. 7381.

فقد جاء فى هذا الكتاب الدورى الذى وجهه رئيس الوزراء إلى زملائه، ما يأتى:

Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements; et les propositions de loi inscrits à l'ordre de jour.

وترجمتها: ينبغي أن يبذل كل جهد من أجل تقصى وإنهاء كافة مخاطر عدم الدستورية التى قد تشوب مشروعات القوانين وتعديلاتها وكذلك اقتراحات القوانين المقيدة فى جدول الأعمال.

<sup>(٢)</sup> وفى ذلك يقول العميد Vedel أن المجلس الدستورى فى فرنسا وضع قواعد دائمة وموضوعية، قابلة لأن تعمل استقلا عن طبيعة السلطة التى تواجهها هذه القواعد، سواء كانت من اليمين أو اليسار وأن القواعد التى يضعها هذا المجلس فى حالة بذاتها، يمكن تطبيقها حرفيا فى حالة أخرى Georges Vedel, Débat 1989, no 55, P. 48.

انظر كذلك 13 C.C. 86- 225 D.C., 23 Janv. 1987, R.p. حيث قرر المجلس الدستورى أن تعديل قانون قائم، لا يجوز أن يعصل عن الأعراس التى يتوحيها هذا القانون، ولا أن يناقش سياق أحكامه، ولا أن يحس بموضوع ذلك القانون.

وفى ذلك ضمان أكبر لأن يكون القانون موافقا للدستور ليس فقط فى مضمون قواعده؛ بل كذلك فى الأغراض التى يتوخاها. وهو ما يتحقق على الأخص بعد أن تمنح الأغلبية البرلمانية والمعارضة نظرها فيه، وتديره على حكم الدستور تقصيا لأوجه العوار فيه.

وأل الدستور بالتالى إلى وثيقة تحيط بالسياسيين جميعهم فى أفكارهم ومثلهم وتوجهاتهم وتصرفاتهم، وكأنهم ينتفسونها فى صبايحهم وليلهم.

### للمبحث الثالث

#### الرافضون لطبعم الحياة السياسية بالدستور

٢٧٤- على أن الآراء السابقة للقائلة بغلبة القانون على السياسة وتوجيهه لها، هسى للتسى يرفضها السياسيون سواء فى مضمونها أو فى دعائنها.

وهم يؤسسون رفضهم دمج الحياة السياسية فى الدستور أو إخضاعها -فى كافة توجهاتها- لأحكامه، على القول بأنهم يحتكمون إلى القانون، ليس لأنهم يؤمنون به حقاً، وإنما لأن للحياة السياسية متطلباتها، وموازينها، وعناصر القوة فيها.

وليس القانون غير الأداة التى يتخفون وراءها لتبرير تصرفاتهم فى مواجهة خصومهم. وهم يناضلون من أجل إرساء قواعد -لا لأنها تحكمهم- وإنما لأنها الطريق إلى تشكيل علائق جديدة فى موازين الصراع والقوة السياسية. فلا تكون بواعثهم من وراء الاحتماء بالقانون، غير سياسية فى حقيقتها وأهدافها.

وليس استعمالهم للغة القانونية فى حواراتهم مع خصومهم، غير تعبير عن حساباتهم السياسية التى يزنونها بمقاييس دقيقة، بقصد الظهور على مسرح الحياة السياسية كأشخاص معتدلين يعتصمون بالاعتزان والتبصر، ولا يجنحون إلى إغراق وطنهم فى أعاصير القيم الإيديولوجية التى قلما تؤتى ثمارها حتى فى مجال الإقناع بها.

وإنما هى المناورة والخطط التكتيكية التى يتظاهرون من خلالها بأنهم حماة القانون؛ ولا يتوخون حقيقة بها غير ضمان ازدياد شعبيتهم، وقهر خصومهم، واعتلائهم مركزاً متوقفاً فى مسرح الحياة السياسية، حتى يظفروا بثقة أكبر من ناخبينهم.

وتلك جميعها مقاصد سياسية لا شأن لها بمحض الخضوع للقانون، ولا بالقيمة المجردة لنواعده الأمرة. ولئن بدا سعيهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، حواراً بالقانون حول نصوص قانونية يرونها مخالفة للدستور؛ إلا أنهم لا يستهدفون حقيقة من عرض الأمر عليها غير إحراج الحكومة، ووضع العراقيل فى وجه خططها وبرامجها، حتى إذا ما ظفروا بحكم قضائى يدين هذه النصوص بخروجها على الدستور، اتخذوه طريقاً للنيل من هيبتها وتجريحها بما يشدد من قبضتهم عليها حتى تسقط فى النهاية.

وتلك كذلك أغراض سياسية يتوخونها من إدارة الحوار بالقانون. ومن ثم لا يسيطر القانون على السياسة ولا يوجهها؛ وإنما السياسة هي التي تقبض على زمام القانون في إطار لعبة سياسية *Un jeu politique* يكون فيها اللجوء إلى الدستور من أدواتها، ومكملاً لحلقاتها.

فلا يكون الخضوع للدستور حقيقياً. بل ظاهرياً، وفي أوضاع بذواتها يرون فيها أن الإحتماء بالدستور أكفل لمصالحهم. وتلك حقيقة لا يجوز التهوين منها، ودلالاتها قاطعة في أن السياسة غير القانون، وأن القانون لا يستغرقها. وإنما الحقائق السياسية هي التي تسخره لخدمتها وتحقق أغراضها. وهما بذلك نقيضان، ولا يتوازنان قدراً أو أهمية.

أما الذين يقولون بعلو القانون على السياسة. وينادون بأن الدستور يسيطر على فروع القانون جميعها -الخاص منها والعام- ويقبض بيده حتى على الحياة السياسية في كافة جوانبها؛ فلا يبغيون غير فرض وجهة نظر يقولون بها تعالياً، ولو نقضتها الحقائق التي يبصرونها<sup>(١)</sup>.

(١) Pierre Favre. Histoire de la science politique. in. Traite de science politique. P. U. F 1985, vol 1. : Daniel GAXie, jeux croisés. in les usages sociaux du droit. C U.R.A.P P 1989, p 209.

### المبحث الرابع

#### القائون بخضوع الحياة السياسية للدستور

٢٧٥- ويؤكد القائون بخضوع المفاهيم السياسية للدستور، أن الحياة السياسية فى دولة ما، وكذلك المهام التى تقوم مؤسساتها عليها، تدور جميعها حول قواعد من الدستور. ويضيفون إلى ذلك أن قراءة نصوص الدستور وحدها، لا تعطى صورة حقيقية وكاملة عن الأوضاع السائدة فيها؛ وعلى الأخص من جهة شرائط تكوين أحزابها؛ ونطاق حريتها فى العمل وعلاقتها ببعض؛ وتداول السلطة بينها عملاً؛ وطرائق تشكيل مجالسها التمثيلية؛ وحدود حق الاقتراع؛ وما إذا كان حراً محايداً أم مقيداً بما يعطل جوهره. ذلك أن الكيفية التى يطبق بها الدستور عملاً، هى التى تحدد الأسس الحقيقية لنظام الحكم فى الدولة، وتبين كذلك نطاق حقوق الأفراد وحرياتهم، وحدود مجالسها الحيوية، وعلاقة المعارضة بالأغلبية، ودور كل منهما، وقدر تعاونهما أو صدامهما، ونطاق التعددية فى أشكالها الواقعية.

وكذلك ما إذا كان دور الأغلبية هو موازنة الحكومة فى أخطائها لضمان استقرارها، فلا تكون الحياة السياسية إلا تحزباً واستقطاباً؛ أم أن دورها لا يمنعها من انتقاد الحكومة وتقويم ما اعوج من تصرفاتها، غير مقيدة فى ذلك بالترامها الحزبى.

ونواحى الحياة السياسية هذه بأشكالها وتنوع صورها، هى التى تثيرها جهة الرقابة على الدستورية من خلال تطبيقها للدستور. فلا يكون مجرد صورة قاتمة لا يبصرها أحد بالنظر إلى كثافة ظلالها؛ ولا هو بمعبد تتردد عليه الأسياب، ولا بمنطقة من الفراغ لا حياة فيها. وإنما هو صورة حية ومتغيرة بالنظر إلى تفاعل أحكامه مع واقع اجتماعى معين، فلا ينفصل عن الجماعة التى يعايشها بما يناقض متطلباتها.

ولم يعد للعلوم السياسية بالتالى دور يغايل دور الدستور فى صياغة شكل الجماعة ومثلها، ولا فى تقويم استبداد السلطة وتسلطها. وغدا الدستور قابضاً -من خلال تطبيقاته العملية- على الحياة السياسية بكل معطياتها، مميئناً على جوانبها من كل أقطارها، بما فى ذلك حدود اختصاص رئيس الجمهورية وامتنيازاته كحل البرلمان، فضلاً عن سلطته فى مجال ضمان استقرار الدولة ودعم مباشرتها لوظائفها.

وصح القول بأن الحياة السياسية ما كان لها أن تظفر بالهدوء، ولا أن تحظى بإنهاء الصراع بين المراكز المتنافرة فيها، ولا أن تتطور في اتجاه التقدم بغير نقطة الهيئة القضائية التي تصون الدستور. وما كان للسلطة التشريعية نفسها أن تعدل عن سياستها التشريعية التي اختطتها لنفسها، لولا وجود هذه الهيئة بمنزلتها ومكانتها العليا. ولم يعد الدستور وثيقة سياسية تتوازن من خلالها عناصر التأثير وأشكال الضغوط في الحلبة السياسية، ولا هو بورقة ناعمة "Un chiffon de papier" تبلور صورا جمالية لقيم مثالية؛ بل وثيقة قانونية تتمتع بنصوصها بالصرامة، فلا يكون جزاء الخروج عليها غير إبطال القوانين التي تناقضها.

وفي ذلك احتكام مطلق ليس فقط للدستور، بل كذلك لجهة الرقابة على الدستورية التي تعطيه من المعاني أعمقها؛ وتحدد الأغراض التي يتوخاها، والقيم التي يحتضنها. فلا يكون قضاؤها إلا مرجعا نهائيا للمخاطبين بأحكامه، يبين لكل منهم دوره وفقا للدستور، سواء كانوا من البرلمانيين، أو القضاة العاديين، أو للمواطنين.

والدستور بذلك ليس مجرد قيمة رمزية Valeur Nominale أو نظرية Théorique، وإنما هو قيمة قاعدية Normative لها من الآثار الحقيقية التي ترتبها؛ ومن قوة القهر التي تلازمها؛ Des effets réels et contraignants ما يحيل الدستور -وعلى الأخص من خلال اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية- إلى حقيقة قانونية لها من علوها ما يدعم الاقتناع بانثاق كافة النظم القائمة في بلد ما -القانونية منها والسياسية- عنها. وهي بعد حقيقة متطورة تجعل الدستور وكذلك القانون بوجه عام، موجها للحياة السياسية ولحركة التاريخ<sup>(١)</sup>.

(١) Jean- Louis Quermonne, le gouvernement de la France sous la 5<sup>ème</sup> République, Dalloz p. 175 et p. 569 et s.

### المبحث الخامس

#### المزاوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي

٢٧٦- على أن تقتنن السياسة، وحل النزاع بين رجالها من خلال جهة الرقابة على الدستورية، ليس وهما؛ ولا تعبيراً عن وجهة نظر أحادية يفصح بها المؤيدون للشرعية الدستورية عن موقفهم. وإنما اللجوء المتواتر للقانون لحسم ما هو قائم من صصور النزاع ذات الطبيعة السياسية، خير دليل على أن مظلة القانون وحدها هي التي تقدم الحلول لها.

ولئن صح القول بأن رجال السياسة قد عمدوا في البداية إلى تسخير القانون لخدمة أغراضهم السياسية في لحظة بذاتها، وفي إطار أوضاع بعينها، وكجزء من خططهم التكتيكية؛ إلا أن قواعد اللعبة السياسية صار يحكمها القانون كتعبير عنها، خاصة بعد تصاعد دوره في تشكيل ملامحها. وصار للقانون الكلمة العليا في كل شأن، ولو كان سياسياً في طبيعته.

فالقانون هو الذي يحدد للدولة وظائفها، ونطاق اختصاص سلطاتها، وأشكال التعاون بينها، وحقوق المخاطبين بقواعده وواجباتهم. وهو بذلك تعبير عن الحياة السياسية في صورتها الحقيقية. فلا يكون القانون إلا اللغة الطبيعية التي يدير بها رجال السياسة أحداتهم. وأية لغة غيرها تصمم الناطقين بها بأنهم لا يدركون قواعد اللعبة السياسية، ولا يبصرون حقائقها، بل ينقلبون على الأصول المنطقية للحوار السياسي.

ولا تقوم على تطبيق هذا القانون جمعية تظلمها الأغراض السياسية. وإنما هيئة قضائية في تكوينها ووظائفها ومن منظور أحكامها. وواجبها الأول والأخير هو ضمان سيادة الدستور. سن خلال فرض أحكامه على الناس جميعهم، وعلى السلطة بكل أشكالها، فلا يكون لأحكامها في تقريراتها غير دعائم من الدستور. وهي تنظر إلى رئيس الجمهورية كحكم في الدولة بين سلطاتها؛ وكضامن كذلك لوجودها هي ولاتصال حركتها<sup>(١)</sup>. وهي ترد اجتهداها في ذلك إلى الدستور وتحيل بصورة مطردة لا انقطاع فيها، المسائل التي احتدم الجدل السياسي حولها، إلى لغة القانون بمفرداتها، وبما يطورها إلى حد خلق قواعد دستورية جديدة.

(١) ولا يجوز بالتالي أن يكون رئيس للجمهورية رئيساً لحرب في الوقت الذي يجعل الدستور منه رئيساً للدولة، وحكما بين سلطاتها، كإفلا انطامها في أداء وظائفها.

فضلا عن حملها رجال السياسة على التعبير عن آرائهم في لغة قانونية تتلون باتجاهاتهم، لتكون هذه اللغة وحدها طريقهم إلى جهة الرقابة، فلا يخاطبونها بغيرها، ولا يغلبون عليها بواعثهم السياسية، ولا تدخل الصراع فيما بينهم، وإنما يطرحون نزاعاتهم على جهة الرقابة ويديرونها من منظور كلمة القانون، فلا تكون هذه الجهة إلا مسرحها.

على أن الفصل الكامل بين السياسة والقانون لا يلتزم وأوضاع العصر، بل يجاقبها إلى حد القول بأن الحياة السياسية في بلد ما، لا تنتجها القواعد القانونية وحدها، ولا يحيطها القانون من كل جوانبها. وإنما تتحدد مقوماتها من خلال تفاعل العناصر التي تؤثر في تشكيلها، ومن بينها ديناميكية التكوين الاجتماعي؛ وأوجه التعارض ونطاق التوافق داخل الجماعة بين فئاتها الدينية والعنصرية والعرقية؛ ونوع عاداتها وتقاليدها ومعتقداتها وورثتها؛ ودور أحزابها السياسية، وعددها، وطرائق تكوينها، ونطاق حريتها واستراتيجيتها؛ وقواعد تنظيم الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال.

والقانون والدستور، يتفاعلان مع غيرهما من العناصر في توجيه اللعبة السياسية وتحديد ملامحها. ولئن جاز القول بأن العناصر المؤثرة في الحياة السياسية تتفاوت فيما بينها في ثقلها، إلا أن الدستور في الدول الديمقراطية يعتبر أكثرها حمدا، خاصة وأن المراجعة القضائية، هي صمام أمن يحفظ لكل من السلطين التشريعية والتنفيذية حدود ولايتها؛ وبصحح من خلال كلمة القانون السياسة التي ينتهجانها. وفضلا عما تقدم، تعمق المراجعة القضائية حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا تعطى للنصوص الدستور التي تحتكم إليها لفض نزاع معين، غير المعاني التي تطورها وتكفل للجماعة تقدمها. وهي لا تطبع الحياة السياسية بلغتها القانونية إلا من خلال القبول بأحكامها كأداة لتمثيل مظاهر الحياة السياسية والتعبير عنها، يؤكدنا أن رجال السياسة لا يديرون حورائهم -وبصفة روتينية- إلا بـ"لغة القانونية".

ويظل صحيحا القول بأن أهمية القانون وقدر تأثيره لا تكمن في خصائص قواعد الدستور؛ ولا في دور جهة الرقابة على الدستورية؛ ولا في عناصر خارج دائرة القانون كذلك التي تتعلق بالروابط القائمة بين مراكز القوة في الصراع السياسي أو بمصالحها واستراتيجيتها؛ وإنما هي العلاقة بين نظرة قانونية تحيط بنزاع من طبيعة سياسية من جهة؛ وبين ما يطلبه رجال السياسة



ويسعون لتحقيقه من خلال هذا النزاع، وصولاً إلى أهدافهم من جهة أخرى؛ فلا ينفصل القانون عن السياسة، بل يتزاوجان في تداخل، ويمتزجان في ترابط<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فيما تقدم جميعه

### المبحث السادس

#### انعدام الصراع السياسى فى مصر

٢٧٧- لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطتها التشريعية مجرد واجهة للديموقراطية فى صورتها الشكلية. والقوانين التى تنتظرها وتناقشها هى التى صنعتها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كى تقرها فى جملتها، أو تعدلها بما لا يخل بالركائز الرئيسية التى تقوم عليها.

وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية، ليس جدلا حقيقيا يتوخى تقييم مظاهر القصور فيها؛ ولا أوجه التعارض بينها وبين الدستور؛ ولا تصحيحها بما يوفقها مع أحكامه. وإنما ينحل هذا الجدل فى حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار، لا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروف عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفصيلاتها على استحياء، وبما يقتصر -غالباً- على مردداتها اللفظية التى لا تؤثر صياغتها من جديد فى المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا فى الأغراض التى يتوخاها.

ويستحيل فى إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها؛ ولا أن تتأقضى السلطة التنفيذية أو تعارضها فى توجهاتها. وكثيرا ما يكون سعيها لإرضائها، قبولا كاملا وفوريا بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفا للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعينهم هيئة الناخبين التى يفترض أنها أنابتهم عنها فى شئونها وختولتهم تصرفها؛ وهم يتصورون نوما أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التى كان لها فضل ترشيحهم، ودعم حملتهم الانتخابية؛ وقهر خصوصهم، وتحويل إرادة الناخبين -واء بتزييفها أو تشويبها، خاصة وأن عضويتهم فى السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعاملون معها كمناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالى أن تقر القوانين التى اقترحتها السلطة التنفيذية، أيا كان قدر اخلاصها بحقوق المواطنين وحرياتهم، لأنها صوتها وإرادة التعبير عن مطالبها أيا كان قسرها حموها.

والمواطنون يواجهون هذه الملهاة بأعين دامية، فلم يكن الباطل يوما قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل في مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٣ يوليو، أن ترقى بمواطنيها بما يكفل ارتفاع روعهم نيتها. ولكنها خفضتها تارة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطورا من خلال قوانين كان عصفها بهم شديدا، ووقعها سينا حتى على حقهم في الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن تعيد الحرية توازنها، وللقيم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقا طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسي، وجانبها من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية<sup>(١)</sup>. وكذلك بحرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية التعاقد والحق في الملكية. ولا تزال كثرة القوانين المعمول بها في مصر معيبة دستوريا بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية في السيطرة على الحياة السياسية في مصر حتى تملكها من كل نواصيها وفي أنق تفاصيلها، فلا يمتاز بها أحد في شأن من شؤونها، يعاونها في ذلك تنظيم حزبي من خلقها لا تقوم مع وجوده تعددية حزبية حقيقية؛ ولا تداول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعها. إذ الأغلبية نوما لحزبها، وهي تصطنعها بوسائلها وأدواتها. فلا تقوم قائمة للتغيير إلا من منظورها، ووفق تصور لها الخاص، وفي الحدود التي تقبلها.

وصورتها وحده هو الأهم؛ وقراراتها هي الأحق بالاعتبار، وموقفها من الحرية، هو ما توافه من أوصافها والقيود عليها؛ وكلمة القانون هي اجتهادها وفق مصالحها.

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥١ - ص ٣٥٢ وما بعدها من الجزء الثالث؛ وفي القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ٨ ق "دستورية" - جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٢٠٥ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق "دستورية" - جلسة ٤ أبريل ١٩٨٧ - قاعدة رقم ٣ - ص ١٩ وما بعدها؛ والقضية رقم ٢ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ - ص ٤٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

وفى ذلك تقويض للشرعية الدستورية. ومدخلها أن القانون هو الضمان النهائي للحرية؛ ولا حرية بغير ديموقراطية، ولا ديموقراطية بغير الهياكل والحقوق التى تقضى إليها، ويندرج تحسها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتدال فى مواقفها، وبصحها كذلك عند الإقتضاء.

### الفصل الثالث عشر

### الدقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها الديمقراطية

#### المبحث الأول

#### السلطة المقيدة كضمان نهائي للحرية

٢٧٨- ظل الفقهاء، ولفترة طويلة، ينظرون إلى الدستور باعتباره وعاء السلطة من جهة توزيعها وتنظيمها، وبين حدودها<sup>(١)</sup>.

أما حقوق المواطنين وحررياتهم، فإن الدستور وإن كان لا يتجاهلها، إلا أن حمايتها لها لم تكن عندهم غير النتيجة الحتمية لعملية تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة، كبديل عن تركيزها في جهة واحدة تقبض بيدها على كافة مظاهرها.

ولم يكن كافلا لحقوق الأفراد وحررياتهم غير تقييد السلطة لنفسها وبفسها، وتحديد أوصافها الأكثر حماية لحقوق مواطنيها وحررياتهم، وذلك من خلال الفصل بين سلطة إقرار القوانين، وتنفيذها؛ ومباشرة السلطة القضائية لولايتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول أفضلية بعض النظم الديمقراطية على غيرها، إلا أن اتفاقهم كان كبيرا حول مسألة أساسية هي أن السلطة -ومن خلال القيود التي تنظم مباشرتها وتكبح جماحها- هي الضمان النهائي للحرية<sup>(٣)</sup>.

وهم يؤيدون نظرتهم هذه قائلين بأن فصل مظاهر مباشرة السلطة عن بعضها بصورة جامدة؛ أو دمجها في بعض في صورة كاملة؛ وإن كانا معنيين بتأقيان الفصل المرن بين الأفرع التي تباشرها، وضرورة تحقيق قدر من التوازن بينها؛ إلا أن الجدل ظل دائرا حول مفاهيم تقليدية تقوم على أن الحرية لا يكفلها إلا فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وكلتا هاتين عن السلطة القضائية، مع تحديد حقوق كل منها بصورة دقيقة<sup>(٤)</sup>.

(١) تنص الجملة الثانية من المادة ١٦ من الإعلان الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٦، على أن المجتمع لا يعتبر حقا را لدستور إذا لم يتم فيه الفصل بين السلطات.

(٢) Montesquieu. De l' esprit des lois. livre XI, chap. 6. P.U.F., 1984.

(٣) Dominique Rousseau. Droit de contentieux constitutionnel. 3 e édition, p. 388.

(٤) Michel Troper. la séparation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle française. L.G.D. 1980. p. 205.

### المبحث الثاني

#### الديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء للدستور

٢٧٩- غير أن المفاهيم السابق بيانها، لم تحظ دوما بالقبول العام، تأسيسا على أن الدساتير في تطورها الراهن، تلهمها حقوق المواطنين وحرياتهم التي تحرص على بيانها بما لا تجهيل فيه(١)؛ وأنها لا تولى مبدأ تقسيم السلطة وتوزيعها، الأهمية ذاتها التي توليها لكل حق أو حرية كفلتها؛ وأن العمل في كثير من الدول، قد دل على أن تقسيم السلطة آل إلى توحيدها من خلال سيطرة بسطتها السلطة التنفيذية المنتخبة -عن طريق رئيسها- على مظاهر الحياة على اختلافها، واقتضائها من الآخرين الخضوع لها، والنزول على توجيهاتها؛ بل وطلبها أن يكون الولاء لها كاملا ليس فقط في فرنسا، ولكن كذلك في النمسا والسويد وأسبانيا والبرتغال، بالرغم من تباين نساير هذه الدول في تنظيمها لأفرع السلطة وقواعد توزيعها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها رئيس مجلس الوزراء هو السلطة القابضة على مقاليد الأمور، فإن دور السلطة التشريعية يتضاغل إلى حد كبير.

وكان لاختلال التوازن بين حقوق السلطة التي تحوزها من خلال امتيازاتها، وحقوق المواطنين وحرياتهم التي يطالبونها، أثر كبير في الانتقال من مفاهيم تقسيم السلطة وتوزيعها، إلى مفاهيم تناقضها حاصلها أن الدستور يكفل للديموقراطية أسسها عن طريق ضمانه لحقوق المواطنين وحرياتهم.

Passage de la constitution- séparation des pouvoirs à la constitution- garantie des droits.

ذلك أن الدستور ليس السلطة موزعة أو مقيدة. وإنما هو حقوق المواطنين وحرياتهم la constitution c'est la garantie des droits فالحرية لا تكفلها السلطة أيا كان نوع القيود التي يفرضها الدستور عليها. وإنما تصونها وتدعمها وثائق إعلان الحقوق التي يفرضها المواطنون على حكامهم ويلزمونهم احترامها. فضلا عن أن تعزيز الديموقراطية وفسق صحيح أسسها،

(١) انظر في ذلك الجملة الأولى من إعلان ١٧٨٩/٨/٢٦ الفرنسي التي تقول:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ... n'a point de constitution

وترجمتها: "لا يعتبر المجتمع حائزا لدستور، إذا لم تكن ضمانات حقوق الأفراد مكفولة فيه

يفترض أن تركز الدساتير اهتمامها على الفرد لا على السلطة، وعلى حقوقه وحرياته التي تحدد إطارا منطقيا لروابطه بها، خاصة وأن هذه الحقوق والحريات هي التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية -في الأعم- من أجل ضمانها بصورة مطردة، ومن خلال مفاهيم الحقها بقواعد الدستور ذاتها، مما أحدث تغييرا في نوعيتها.

ولم يعد كافيا بالتالي أن تصوغ الدساتير أحكامها بما يجعل كميتها أكبر في اتجاه حقوق الأفراد وحرياتهم، تعميقا لتوازنها مع السلطة بكل امتيازاتها؛ وإنما كان على جهة الرقابة على الدستورية أن تتدخل بصورة عملية -ومن خلال مناهجها ومسائلها- لدعم حقوق مواطنيها وحرياتهم، وأن تقيم لصرحها منظورا قضائيا *la charte jurisprudentielle des droits et libertés*. مغايرا بالضرورة لوثائق إعلان الحقوق في صيغتها النظرية.

وهذا الانتقال من المفاهيم التي تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة لتنظيم السلطة؛ إلى أفكار تناقضها تقوم على أن الدستور هو حقوق المواطنين وحرياتهم، هو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية على ألا تنقيد نفسها بالقائمة المغلقة التي حصر الدستور حقوق المواطنين وحرياتهم فيها. ذلك أن هذه القائمة المغلقة *la liste close* لا تضمنها في الأصل إلا قواعد اللعبة السياسية التي تتحدد ضوابطها على ضوء حقيقة الروابط بين مراكز القوة المؤثرة في المجتمع؛ وفي الحدود التي يؤكد المواطنون فيها -وبكل فئاتهم- يقطنهم في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك أن تكون قائمة حقوقهم وحرياتهم هذه، من إبداع جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. ذلك أن هذه القائمة تزداد طولا وعمقا *En largeur et profondeur* مع كل حكم يصدر عنها متضمنا مبدأ دستوريا جديدا<sup>(٢)</sup>. لتحل محل القائمة المغلقة، قائمة جديدة مختلفة

(١) انظر في ذلك الوثيقة النهائية لمستور ٣ سبتمبر ١٧٩١ الفرنسي التي جاء فيها أن يفتل الأباء والأرواح والأهمل، وأعينهم الساهرة وكذلك الشباب وكافة المواطنين، هي الضمان لحقوقهم.

*La vigilance des pères de famille, des épouses et mères, des jeunes citoyens et de tous les français.*

(٢) فما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن القوانين الجنائية يجب أن تصاغ في حدود ضيقة، وأن تتضمن إطارا كافيا بحقيقة الأفعال التي تزعمها، يعد مبدأ دستوريا جديدا كافلا حقوقا للمواطنين لم ينص عليها الدستور. وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما جرى به قضاؤها من أن النصوص العقابية لا يجوز أن تكون مفرطة في قسوتها أو معنة في الحط من كرامة الإنسان؛ ومن عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد، أو تغيب حريته على وجه آخر، بغير الوسائل القانونية السليمة. فكل أولئك مبادئ لا ينص عليها الدستور، وأصنافها المحكمة الدستورية العليا إلى هذه الوثيقة مما جعلها جزء منها.

عنها، ولا تتأتى حمايتها إلا عن طريق الأحكام القضائية التي تصدرها الجهة القضائية للرقابة على الدستورية، والتي لا يجوز الامتناع عن تنفيذها أو التراخي فيه. ولم يعد صحيحاً مطلق القول بأن كل قاعدة قانونية يأتي بها القانون، يجوز إلغاؤها بقانون لاحق، C'est qu'une loi à fait, une autre loi peut le défaire ذلك أن تعديل السلطة التشريعية للقوانين أو إلغائها، وإن كان يدخل في وظيفتها، إلا أن سلطتها في ذلك حدّها قواعد الدستور التي تمنعها من أن تقر أو تعدل قانوناً يخل بفرائض لها طبيعة دستورية<sup>(١)</sup> Des exigences de caractère constitutionnel، وإلا بطل كل قانون ينتهكها<sup>(٢)</sup>.

وزاد من قوة هذا الاتجاه، أن دور جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لم يعد مجرد تطوير دائم لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإنما تعداه إلى العمل على حمايتها من خلال أحكامها التي يخرج بها الدستور من صورته الأولى إلى صورة جديدة تكونها هذه الجهة بنفسها. L'écriture juridictionnelle des droits. وهي صورة لا تعمل في فراغ. ذلك أن التعديل في أحكامها أو تحويلها أو العدول عنها يقترون دوماً جزاء يمثل ضماناً قضائية أعلى في وزنها وقيمتها من نصوص الدستور في صيغها المجردة والهامة L'écriture institué et l'honneur.

وعلى ضوء تلك الصورة الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم لا تظهر نصوص الدستور كمجرد إطار لتنظيم الروابط داخل الدولة فيما بين مؤسساتها، وإنما بوصفها -وبالنظر إلى غاياتها النهائية- إطاراً لحدود علاقتها بمواطنيها التي لا يكفلها غير آلية قضائية ينشئها الدستور ولا تتوخى غير تطوير حقوق المواطنين وحرياتهم، ومجابهة كل إخلال بها، ولو صدر عن السلطة التشريعية ذاتها التي كان ينظر إليها قديماً باعتبار أن تشريعاتها هي التي تبلور السيادة الشعبية؛ وأن تمثيلها لهيئة الناخبين يعطيها قوتها ومكانتها وهيبتها، وينقل إليها حقوق السيادة التي تملكها؛ وأن الإرادة البرلمانية بالتالي la volonté parlementaire هي ذاتها إرادة الجماهير في مواقعها المختلفة La volonté général de la Nation، ومن ثم تتصهر هاتان الإرادتان وتتدمجان، لتظهر الإرادة البرلمانية كرافعة فعلية للسيادة الشعبية<sup>(٣)</sup>.

l'érigent effectivement en souverain.

(١) C.C.84- 185 D.C., 18 janvier 1985. R. p.36 ; C.C., 89- 259 D.C., 26 juillet 1989. R.p.66.

(٢) C.C. 90 - 281 D.C. , 27 decembre 1990 R. p. 91.

(٣) Carré de Malberg , la loi , expression de la volonté générale, Economica 1984.



بيد أن تصور قيام الديمقراطية على هذه المفاهيم، كان معيبا من جهتين:

أولاهما: أنها لم تكن غير تعبير عن تسلط السلطة التشريعية حتى لا تنتقيد بضوابط تحد من حركتها. شأن موقفها في ذلك، شأن ما قرره لويس الخامس عشر من أن حقوق المواطنين وحررياتهم لا يجوز فصلها عن حقوق ملوكهم ومصالحهم، بل يتعين نمجها في بعضها البعض لضمان تناسقها<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: أن حقوق من يباشرون السلطة، يتعين تمييزها عن حقوق الخاضعين لها، فلا تختلط حقوق المواطنين بممثلهم. وإنما يكون لحقوق المواطنين ذاتيتها التي تتفصل بها عن حقوق السلطة وامتيازاتها، بما يعمق الفواصل بين الفريقين، توكيدا لحقيقة قانونية مفادها أن الدستور لا يتوخى بالقيود التي يفرضها على مباشرة السلطة لامتيازاتها، غير ضمان خضوعها لإرادة مواطنيها الذين يملكون حقوق السيادة الفعلية التي تفرض نفسها على كل سيادة غيرها حتى تكون موضعها ومركزها، خارج حدود كل دائرة تعمل على خلاقها.

وإذا كان العمل قد دل على إخفاق الديمقراطية المباشرة - وهي تعبير مباشر، وكامل عن السيادة الشعبية - بالنظر إلى تعذر تطبيقها عملا، مما حمل الجماهير على إيدائها بالديمقراطية التمثيلية التي تفوض بها الجماهير من ينوبون عنها في التعبير عن إرادتها؛ إلا أن هؤلاء قد لا يفلحون في التعبير عما تريده الجماهير، أو يخونونها، أو يسيئون فهمها، أو يعرضون قضايها بالطريقة التي لا تكفل مصالحها. ويتعين بالتالي تقويم تصرفاتهم من خلال إبطال جهة الرقابة القضائية للقوانين التي أقرتها، على ضوء نظرتها إلى الدستور باعتباره وثيقة لحقوق المواطنين. La Constitution charte des droits لا يكفلها سواها، بحكم استقلال موقعها عن كل من السلطة التشريعية والتنفيذية. فلا يقيما الدستور داخل حدودهما، ولا في منطقة التماس معها، ولا حتى على خطوطها.

وهي فوق هذا لا تقرر فقط أن لكل من الحكام ومحكوميه حقوقا مختلفة، ولكنها تتدخل من خلال رقابتها لبيان قائمة الحقوق التي يملكها كل فريق في مواجهة الآخر، ولتحديد نوع المصالح التي يختص بها.

(١) انظر خطاب لويس الخامس عشر إلى البرلمان في ١٧٦٦/٣ في

Jean- Yves Guichard, L'idéologie Nationale, champ libres 1974. p. 39.

فالمصالح السياسية التي تعمل السلطان التشريعية والتنفيذية على تحقيقها، لا يجوز أن تتلصص التكوين المدني لمجتمعها الذي تتفوق فيه حقوق الأفراد على تلك المصالح. ذلك أن الأفراد يباشرون السيادة الشعبية التي كان ارتباطها قويا بالحقوق التي كفلتها في وثائق إعلان الحقوق، وعلى الأخص كلما دل القبول بهذه الوثائق عن طريق استفتاء عام، على الانضمام إليها فيما قرره من حقوق<sup>(١)</sup>.

ولقد كان انحياز جهة الرقابة على الدستورية للسيادة الشعبية في حقيقة مدلولها - والتي لا شأن لها بالطبيعة التمثيلية للبرلمان - مقضيا إلى تغيير في نوعية المفاهيم الديمقراطية التي يلتزمها المشرع la qualité démocratique de législation، وهو تغيير لن يكتفى في فرنسا إلا بتحويل الأفراد حق الطعن في دستورية القوانين التي يضر تطبيقها بمصالحهم، ولو كان ذلك بعد العمل بها<sup>(٢)</sup>.

---

(١) أعطى المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية لحقوق الملكية، وغلبها على الإرادة البرلمانية قاضيا بأن الشعب الفرنسي هو الذي رفض بمقتضى الاستفتاء الذي تم في ٥ مايو ١٩٤٦ إصدار إعلان جديد لحقوق الإنسان يشمل مبادئ غير التي سبق إعلانها عام ١٧٨٩. كذلك فإن هذا الشعب هو الذي وافق في استفتاء ١٣/١٠/١٩٥٨ على نصوص تمنح القيمة الدستورية للمبادئ والحقوق المطح عنها في ١٧٨٩.

(٢) ومن ذلك ما قرره بعض الفقهاء من أن المجلس الدستوري في فرنسا قد أعطى البرلمان بقراره رقم 21 Janv. 1990, R.P. 11 D.C., 271 C.C.89 درسا في الديمقراطية حين وضع البرلمان قيودا غير مبررة على حرية تدفق الآراء والأفكار. كذلك دمج المجلس الدستوري بالبطان تشريعا برلمانيا فرق فيه بين المواطنين والأجانب بعد أن استبعد الأجنبي المقيم بانتظام في فرنسا من الحصول على الامتيازات الانتخابية التي يحصل عليها المواطن C.C.89.-269 D.C., 22 Janv. 1990, R.P. 13.

### المبحث الثالث

#### انهيار مفاهيم الديمقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها.

٢٨٠- على أن الديمقراطية المعاصرة، وإن كانت هي الديمقراطية البرلمانية التي ترفض تأسيس سلطة الأمير على مشيئته التي يقيمها على الحق الإلهي Le droit divin، وتأخذ بما تنص عليه المادة ٦ من إعلان ١٩٨٩ التي تقضى بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، وأن لكل المواطنين الحق في العمل معاً سواء بأشخاصهم أو عن طريق ممثلهم - من أجل تشكيله؛ وكان من يمتلون المواطنين في مجموعهم، قد صاروا مسئولين عن التعبير عن هذه الإرادة بعد سقوط الديمقراطية المباشرة؛ وكان القانون قد صار بالتالي مركز الديمقراطية النيابية التي تفترض وجود ممثلين للجماهير أنابتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية، وفوضتهم كذلك في النظر في شؤونها Chargé par la Nation de vouloir pour la Nation فلا تكون القوانين التي يقرونها - وبالضرورة - غير تعبير عن إرادة الجماهير؛ إلا أن الديمقراطية التمثيلية لم تكن في حقيقتها غير خلط بين إرادة الجماهير، وكيفية التعبير عنها. ذلك أن إرادة الجماهير لا يشكلها عدد الأفراد الذين يسهمون في تكوينها، ولا نوعيتهم. وإنما الإيمان بالقيمة المطلقة لحكم العقل<sup>(١)</sup> La croyance de la valeur absolue de la raison هو الذي يضاف عليها قيمتها.

وفي هذه الحدود، ارتبط مبدأ سيادة القانون بالخضوع الكامل لقرائض العقل وموجباته التي يلتزمها البرلمانيون في تحديد مضمون كل قانون يقرونه. وكذلك في مناقشتهم داخل البرلمان، وأساسها المواجهة، والعلانية، والحوار المنظم.

بيد أن ما يلاحظ اليوم هو أن البرلمانيين فقدوا مصداقيتهم ومكانتهم. ذلك أنهم يقدمون مصالح حزبهم على مصالح أممتهم، وتحتاز تشريعاتهم كذلك لهيئة الناخبين أكثر من استجابتهم لحكم العقل؛ مما جعل جماعات الضغط والنظم النقابية، والجمعيات أفضل تمثيلاً من البرلمانيين وأعمق تأثيراً في التعبير عن إرادة الجماهير وتشكيلها.

فضلاً عن أن ضوابط الالتزام الحزبي Le discipline majoritaire كثيراً ما يصير بها الحوار داخل البرلمان عقيماً جدباً.

(١) يقول جورج بورديو أن القانون بنى منطقياً تفرضه مقتضيات العقل، U n édifice rationnel élevé pour des êtres de raison [George Burdeau: Une survivance: la nation de constitution. sirey1956.p.53].

وتقوم الصحافة اليوم بدور البرلمان فيما يتعلق بتبصير المواطنين بحقيقة الأوضاع التي يعيشونها، وبتشكيل إرادتهم بما يحقق طموحاتهم ويعبر عن روحهم، ويفرض أشكالاً من الرقابة على حكائهم.

وكن ارتباط أعضاء السلطة التشريعية بالمواطنين بالتالي، أقل بكثير من وسائل الإعلام عليهم، سواء من خلال إنبائهم بالحقائق، أو تشكيل أفكارهم، أو التعبير عن آمالهم، أو دعم مواقفهم في مواجهة السلطة<sup>(١)</sup>.

واقترن أفول مركز البرلمان، بطور آخر من أطوار الديمقراطية المعاصرة، تمثل في سيطرة التكنوقراطيين على مقاليد الأمور في أوطانهم من خلال مفاهيم العدالة الاجتماعية، والأداء الأكثر لتحقيق المهام الوطنية.

وقد كان لهذه المفاهيم العلمية دور حتى في تحقيق الديمقراطية السياسية، وذلك بالنظر إلى تجردها من كافة العوامل الشخصية؛ ومن كل تأثير من طبيعة أيديولوجية؛ وكذلك من خلال فعالية وحيدة النشاط العام<sup>(٢)</sup>. بل إن الحقائق العلمية التي قام عليها هذا الطور من الديمقراطية المعاصرة؛ هي التي أفاد المشرع منها في تطوير القوانين التي أسسها عليها.

بيد أن هذا الشكل الجديد للديمقراطية سرعان ما أخفق في ضمان الحماية الحقيقية لحقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك بالنظر إلى عمق اقتناعهم بأن الإدارة لم تفلح في مواجهة العوائق الاقتصادية وعثراتها وأزماتها؛ ولا في تحقيق معدل معقول للتنمية؛ ولا في ضمان الحماية الاجتماعية للناس جميعهم. وحتى كفائتها في العمل، صار مشكوكاً فيها. وتحجر قواها ونمطية تصرفاتها، آل كذلك إلى جمود مجتمعها، بل وحصاره.

ولم تعد الإدارة بموظفيها التكنوقراطيين هي الأكثر على العمل. وكان ملحوظاً كذلك شلها للمبادرة الفردية، وتقويضها فرص النظم المختلفة في النهوض بمسئوليتها، مما ألحق بحريات الأفراد أسوأ المخاطر، بالنظر إلى سيطرتها الكاملة على شؤون مجتمعها<sup>(٣)</sup> La maitre absolue .de la societ .

(١) Walter Begehat. La Constitution Britannique . Paris - Germer- Bailli re, 1869

(٢) Georges Burdeau. L'Etat. Seuil. 1970. p. N 7.

(٣) Jacques Chevollier. La fin de l'Etat providence, projet, Mars 1980

### المبحث الرابع

#### دور جهة الرقابة على الدستورية في تعميق الديمقراطية

٢٨١- وإذ كان من الفرائض التي تقتضيها الديمقراطية المعاصرة، مواجهة أعمال السلطة -بصورة مطردة - بالقيم التي ارتضتها الجماعة وشخصتها، فقد كان من المنطقي أن يعلو دور القضاة في النظم الدستورية ذلك أن الوظيفة التي يتولونها انتقادية بطبيعتها *Une fonction critique* تتفحص تحليل أعمال السلطة بقصد تقييمها، والتحقق من مطابقتها للقيم التي قام مجتمعهم عليها، كقيم التكافؤ في المعاملة القانونية، وفي الحرية، وفي الملكية. وظهر القضاة بوصفهم أمناء على هذه القيم، يحرسونها ويردون كل عدوان عليها *Les gardiens des valeurs* ، ويستخلصون كذلك الضوابط التي يحدون على أساسها، ما إذا كان العمل الصادر عن السلطة يعتبر صحيحا أو باطلا. وكان موقفهم من قيم الجماعة وثوابتها ليس فقط مجرد استظهارها، وإنما كذلك تطبيقها في شأن أعمال السلطة جميعها لضمان خصائصها الديمقراطية.

٢٨٢- وقد أثار ذلك تساؤلا حول الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاة -غير المنتخبين- في أعمال أية سلطة منتخبة بطريق الاقتراع العام المباشر<sup>(١)</sup>.

وهو تساؤل رد عليه الوضعيون والطبيعيون بطرق مختلفة، وإن كانت نقطة البداية فيها تقتضى تحديد مفهوم الديمقراطية التي يعمل القضاة في إطارها.

٢٨٣ - فالوضعيون Les positivistes يفسرون الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاة في أعمال السلطة المنتخبة، بقولهم بأن تقرير عدم دستورية القانون يفترض أولا تحقق خلل إجرائي فيه *Irrégularité de procedure*<sup>(٢)</sup> ويميزون في ذلك بين منطقة الشرعية الدستورية التي تعينها السلطة التأسيسية؛ ومنطقة الشرعية القانونية التي يختص البرلمان بها. فإذا تدخل المشرع في منطقة الشرعية الدستورية سواء بتنظيم مسائل من طبيعة دستورية، أو بإقراره قوانين تناقض في مضمونها المبادئ الموضوعية التي وضعتها السلطة التأسيسية؛ فإن المشرع يكون قد جاوز حدود

(١) Georges Védal, la conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendence des droits de l' homme. Pouvoirs, 1988, no. 45, P.P. 149.

(٢) Charles Eisenman, La justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d' Autriche . Economica, 1986,p.17

ضوابط الاختصاص التي وضعتها هذه السلطة للفصل بين منطقة الشرعية الدستورية، ومنطقة الشرعية القانونية. فلا يكون إبطال القوانين التي أقرها المشرع غير جزءا على تنظيمه مسائل، أو إرادته لنصوص قانونية لا يختص بها. وليس في تقرير هذا الجزء مخالفة لأصول الديمقراطية ومبادئها. ذلك أن قضاة الشرعية الدستورية لا يطعون بإرادتهم على البرلمان، ولا يفرضون وجهة نظر شخصية يدحضون بها إرادة الجماهير التي يعبر عنها نوابهم البرلمانين، ولا يبحثون في القيمة الداخلية للقانون La valeur intrinsèque de la loi ولا ينظرون كذلك في الخصائص الخفية التي يقوم عليها La moralité de la loi؛ ولكنهم يكشفون فقط عن انتفاء ولاية المشرع فيما أقره من النصوص القانونية المطعون عليها. وهذا هو الخلل الإجرائي في هذه النصوص التي يجوز إقرارها من جديد بعد نقاديه<sup>(١)</sup>.

وفضلا عما تقدم، يقول الوضعيون بأن كل سلطة أنشأها الدستور، عليها أن تمتثل لأحكامه، وأن تعمل في إطارها. بما يقيم تدرجا هرميا بين الدستور والسلطة التي أحدثها. فإذا نقض قضاة الشرعية الدستورية قانونا مخالفا في شكله أو مضمونه لقواعد الدستور التي تمثل التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية، فإنهم يقدمون بذلك هذه السيادة على عمل البرلمان. ويحفظون بذلك للديمقراطية أسسها وضوابطها.

فلا يخلون بالقيم الديمقراطية، ولكنهم يوتقونها عن طريق تغليبهم الدستور -وهو التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية- على كل سلطة في الدولة، بما في ذلك قضاة الشرعية الدستورية أنفسهم الذين لا يجوز لهم مراقبة دستورية القوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام<sup>(٢)</sup>.

(١) والسلطة التأسيسية -لا المشرع العادي- هي التي تتولى تصحيح القانون المعيب بعدم الاختصاص. وذلك من خلال قانون دستوري Par la voie d'une loi constitutionnelle.

(٢) من المفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تحضج للدستور شأنها في ذلك شأن السلطتين الأخريين. ولا يجوز بالتالي أن تطو أحكامها على السيادة الشعبية. ومن ثم ساغ في بعض الدول كالنمسا والبرتغال، أن يعيد البرلمان بأغلبية خاصة إقرار القانون الذي قضى بعدم دستوريته. وفي فرنسا يستطيع الشعب بعد دعوته إلى استفتاء عام، أن يؤكد موافقته على القانون الذي حكم بعدم دستورية بقرار من المجلس الدستوري الفرنسي. وفي ذلك يعزز المجلس الدستوري الفرنسي إحصائ رفاته في العواص التي أقرها البرلمان لا تلك التي وافق الشعب عليها في الاستفتاء

٢٨٤- **والطبيعيون Les jus- naturalistes** يؤيدون كذلك تدخل قضاء الشرعية الدستورية في أعمال البرلمان، ولكنهم يؤسسون هذا التدخل على حجتين مختلفتين:

**أولاهما:** أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي النتيجة الطبيعية لخصائص حقوق الإنسان في عالميتها وتفوقها؛ وعدم جواز الإخلال بها؛ وسبق وجودها حتى على وثائق إعلان الحقوق التي قننتها ووثقتها علانية. ذلك أن حقوق الإنسان كامنة فيه، وليس للسلطة السياسية ولا للجماعة التي يرتبط بها، من شأن محتواها بالنظر إلى خروجها عن دائرة كل تنظيم من طبيعة وضعية.

وحتى بعد انتقال الأفراد من حالتهم البدائية إلى حالتهم المدنية، فإن دستور الدولة -وهو من تأسيسهم- ظل قائما على ضمان حقوقهم السابقة على وجوده. وهو ما تنص عليه المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ من أن صون حقوق الإنسان في الحرية، وفي الملكية، وفي الأمن، وفي عصيان صور القهر والاضطهاد. يبلور حقوقه الطبيعية التي لا يشملها التقادم والتي تتوخى تحقيقها كل جماعه سياسية.

وليس لأية سلطة في الدولة بالتالي أن تبذع ما تراه من الحقوق. إذ لا يسعها -وبالنظر إلى علو حقوق الإنسان عليها، ووجودها قبلها- غير أن تكون الحقوق التي تكتسب وحقوق الإنسان هذه التي يتعين أن ينظر إليها باعتبارها موجهة للقوانين في حركتها، لتفرض نفسها عليها كحقيقة أمره تتسم بالإطلاق.

ومن ثم تعامل حقوق الإنسان باعتبارها واقعة خارج دائرة عمل السلطة السياسية<sup>(١)</sup> -مبدأ كفلها قضاء الشرعية الدستورية من خلال فصلهم في دستورية القوانين للتحقق من إخلالها أو تنقيدها بهذه الحقوق، فإن عملهم لا يكون مخالفا للقيم الديمقراطية.

ذلك أن مفهوم القانون لا يتحدد إلا في ضوء تلك الحقوق، التي تفرض نفسها على السلطة السياسية. ولا يعدو هذا المركز الخاص لحقوق الإنسان الواقعة فيما وراء السلطة السياسية، أن

(١) انظر في ذلك ص ١٧ و ١٨ من مؤلف:

يكون وعاء الشرعية الدستورية للقوانين جميعها. ذلك أن قضاة هذه الشرعية يكفلون إنفاذ تلك الحقوق من خلال إبطال القوانين التي تخل بها.

وهم بذلك يصونون حقوق الإنسان ويحرسونها، ولا يعارضون القيم الديمقراطية، وإنما يعطونها التعبير الأعلى من حلال ضمان خضوع الدولة للقانون بصفة كاملة وفعالية. فلا تطلق يدها في كافة الشؤون L'absolutisme، ولا يقارن التحكم L'arbitraire تصرفاتها. وإنما الحقوق السابقة على القوانين هي التي نحدد. ونقرص عليها الانصياع للقضاة الذين يلزمونها بالخصوص لها

ومن ثم تنقيد الدولة بالقانون، لا لأنه من صنعها Théorie de l'autolimitation وإنما لأن الدولة تجد نفسها مجابهة بحقيقة قانونية تعلوها وتستقل عنها وتحملها على النزول عليها Théorie de l'hétérolimitation.

وينبغي أن يلاحظ على الأحص، أن الرقابة على دستورية القوانين لا تعتبر مجرد آلية من طبيعة فنية تقتصر أهدافها على مجرد إخضاع الدولة بكافة أجهزتها لمبدأ التدرج في القواعد القانونية. ولكنها أولا وقبل كل شيء وسيلة إلزامها باحترام حقوق الإنسان وحرياته، وضمان تقييد دولة القانون لا بالقانون بوجه عام وإنما كان محتواه، وإنما بكافة القوانين التي تعبر عن قيم الحرية والمساواة والتسامح.

وجميعها حقوق تكفل انتفاع الأفراد بها في مواجهة الدولة التي قد تعارضها. فبلا يكون اعترافها بها عن طريق مؤسسه القضائية منها بوجه خاص - غير تأكيد لسموها عليها، وتعميق للقيم الديمقراطية

ثانيتهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي النتيجة المنطقية لفرائض الديمقراطية المعاصرة. ولا جرم في أن للديمقراطية مفاهيم مختلفة من بينها تلك التي تقيّمها عن قاعدة الأغلبية البرلمانية التي جاوزها الزمن، أو على الأقل لم تعد كافية لتأسيس الديمقراطية. ذلك أن الديمقراطية الحقيقية اليوم، هي التي تتضمن -بين ما تشمل عليه- صون حقوق الإنسان؛ وتفترض، جود نظم لها فعاليتها تكفل لهذه الحقوق احترامها في مواجهة الأغلبية



البرلمانية التي قد تنتهكها حتى يفيد منها الأفراد بأقلياتهم وطوائفهم وألوانهم وأيا كان قدر اختلافهم فيما بينهم.

وقد تحقق للديموقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ١١/١٩٩٠، أن التعددية في الآراء والأفكار، هي أساس الديمقراطية. وصارت الديمقراطية بالتالي مفهوما قضائيا متحركا، وقاعدة للحكم القضائي على أعمال الدولة وتصرفاتها<sup>(١)</sup>.

La démocratie ainsi définie, devient donc un concept constitutionnel opératoire. C'est à dire une règle de jugement des actes de l'Etat.

---

(١) C.C. 89- 271, D.C. 11 janv. 1990, R.p. 21.

### المبحث الخامس

#### تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية

٢٨٥- على أن نقطة البداية التي يؤسس عليها الوضعيون والطبيعيون موقفهم من الرقابة على الشرعية الدستورية، تفترض أن الدستور حقيقة لها وجودها فيما وراء جهة الرقابة على الدستورية، وأنها تفرض نفسها عليها، وأن القواعد الدستورية -الشكلية منها والموضوعية- تحمل في ذاتها دلالات معانيها، فلا تستببط جهة الرقابة القضائية منها هذه المعاني، إذ هي واضحة من ذات قواعد الدستور. وإن يكون إبطالها القانون المناقض للدستور بالتالي، غير مجرد إخطار للمشرع بالمخالفة التي ارتكبها.

فإذا علق قانون وجود الجمعية على شرط الترخيص السابق بإنشائها، فإن جهة الرقابة إذ تبطل هذا القانون، فإن عملها لن يزيد على مجرد تنبيه البرلمان إلى أن حرية تكوين الجمعية تتناقض تعليق وجودها على ترخيص سابق، إداريا كان أم قضائيا.

وإذا أقر البرلمان قانونا في شأن تأمين أموال المشروع الخاص، فإن جهة الرقابة التي تبطل هذا القانون لا تفعل أكثر من تكثيره بأن المواد ٢ و ١٧ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي، تعنيان عدم جواز تقييد مجال الملكية، وحرية المشروع الخاص.

ومن ثم ينحصر عمل جهة الرقابة القضائية في مواجهة المشرع بالقاعدة الدستورية التي خالفها. وهي قاعدة تحكم المشرع، وتحكمها كذلك.

ولن يزيد دورها بالتالي على مجرد نقلها وترديدتها بلسانها La porte-parole وفسى هذا الإخطار بصير المنطق القضائي شبيها بعملية حسابية، تنحصر في إنزال القاعدة الدستورية على القانون المطعون بعدم دستوريته عن طريق القياس المنطقي الذي يقوم على أن مخالفة القانون لقاعدة تلوه، مؤده أن يصير القانون باطلا.

ولا اجتهد في ذلك من قضاة جهة الرقابة القضائية، وكانهم مجرد أفواه يرددون معاني تنطق بها نصوص الدستور les juges n'étant que la bouche qui prononce les paroles de la constitution فلا تكون لهم أية سلطة في استخلاص معانيها أو تطويرها<sup>(١)</sup>. ذلك أن القاعدة

(١) هذه العبارة مستعارة من موسكيو في مؤلفه روح القوانين. Liver Xi, chap.6.

ال دستورية أسبق في وجودها من وجود جهة الرقابة. وهي بذلك لا تشتهأ. ولكنها نعلها بطريقة محايدة.

وما يقول به الوضعيون والطبيعون من ترديد جهة الرقابة للقاعدة الدستورية بنفسها وفحواها إنكار حقيقة المهام التي تقوم جهة الرقابة عليها، وأخصها استنباطها بنفسها مضمون كل قاعدة لها طبيعة دستورية؛ ومفاضلتها بين المعاني المتعددة التي تحملها؛ واختيارها واحدا من بينها يكون أدنى إلى فهمها حقيقة دلالتها. وتلك عملية خلق للقانون تناقض آراء الوضعيين والطبيين الذين يقولون بأن جهة الرقابة القضائية لا تفعل أكثر من ترديد قاعدة دستورية تتقيد هي نفسها بها.

وكانهم ينطلقون من تصور أن جهة الرقابة على الدستورية لا تأخذ العوامل السياسية فسي اعتبارها، وأنها منكفة على نفسها، ولا شأن لها بالأوضاع القائمة التي تعابها. وهو ما يناقض حقيقة أن هذه الجهة لا تطبق الدستور بألية عماء. ولكنها تقوم أولا بتحديد معاني نصوصه حتى الواضحة منها. بل هي تفاضل بين المعاني التي يحملها النص الواحد، وتختار واحدا من بينها في إطار عملية خلق وإبداع تتم من خلال التفسير القضائي لنصوص الدستور. فلا تحمل هذه النصوص في النهاية، غير المعاني التي تنسبها إليها جهة الرقابة على الدستورية، وتربطها بها.

وما يقال من أن جهة الرقابة على الدستورية غير منتخبة، ولا مسؤولة عن أعمالها أمام أية جهة<sup>(١)</sup>، ولا يجوز بالتالي أن تباشر دورا سياسيا؛ مردود بأن هذه الجهة تتولى تقييم أعمال السلطة التشريعية وتقومها، وهي تدعوها إلى تصحيح أخطائها وتبصرها بعواقبها، وتبطل القوانين الصادرة عنها؛ وتحدد كذلك من خلال أحكامها ما ينبغي أن يكون سلوكا رشيدا للقائمين بالعمل العام في مواقع مختلفة.

فضلا عن أن الرقابة التي تباشرها لها ثقلها سواء في مرحلة إعداد الحكومة للقانون، أو على صعيد الحوار حول محتواه فيما بين أعضاء السلطة التشريعية عند عرضه عليها.

(١) يقال أن السلطة السياسية لا تملكها إلا الجهات التي حولها الدستور اختصاص تنظيم أعمال من طبيعة سياسية كالسلطة التشريعية؛ ولا تباشرها إلا جهة يجوز محاسبتها أمام الجماهير عن أعمالها ومن ذلك مساءلة الحكومة أمام البرلمان بحجب الثقة عنها؛ ومحاسبة البرلمان من خلال طه، ومراقبة الحكومة من خلال حق الاقتراع الذي قد يأتي بأغلبية برلمانية تعادها.

ولم يعد للبرلمان بالتالي -في مباشرته لمسلطته التشريعية- أن يخل بأية قاعدة لها قيمة دستورية<sup>(١)</sup>. ذلك إن تمتعها بهذه القيمة، يعطيها فوق أجهزة الدولة جميعها، ويؤكد أن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور<sup>(٢)</sup>.

la loi n'exprime pas la volonté generale que dans le respect de la constitution.

وهو ما يعني أن الديمقراطية كما هي قرار الأغلبية، إنها كذلك قرار احترامها لحقوق الفرد وحرياته من خلال القيم التي حرص الدستور على تثبيتها. مما جعل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية في بؤرة الصراع بين الحكومة التي تعتبر أصل كل مشروع يقدم إلى البرلمان من جهة؛ وفيما يدور داخل البرلمان من جدل وحول حول المشروع تعديلا أو رفضا من جهة أخرى. فلا تكون الحكومة، والبرلمان، وجهة الرقابة على الدستورية، إلا عناصر فاعلة في منظومة صناعة القانون، ولكل منها دور مشروع فيها. وإن كان متفاوتا في درجته.

فالحكومة تعتمد في شرعيتها على ثقة الأغلبية البرلمانية بها. والبرلمان يعتمد في شرعيته على ثقة هيئة الناخبين به. وهو يطرح على ضوء هذه الثقة -وبصورة علنية- المشروع المعروض عليه، سواء من جهة ملاءمة نصوصه، أو من زاوية مضمونها.

وشرعية جهة الرقابة أساسها انحيازها نقيم الدستور وانتصافها لحقوق الفرد وحرياته. وقراراتها التي تفرضها على الدولة بكل تنظيماتها، تعطىها مركزا متميزا على مؤسساتها يجعل تفسيرها للدستور نهائيا. فلا تراجعها فيه جهة قضائية أو غير قضائية.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية حرية كاملة في انتقاء الحلول التي تنصوبها. إذ تتأثر في قراراتها بمجموعة من العوامل تقيمها على حنود الاعتدال لا التحكم. فالبرلمان وأساتذة الجامعة والمحامون والمزارعون والعمال يضرون الدستور كل وفق ما يراه أكثر صوابا لأحكامه. وإلى جانبهم رجال الصحافة بضغوطها وتعبئتها لأراء الجماهير في اتجاه دون آخر. ومعهم كذلك جماعات الضغط على اختلافها كالجمعيات والنقابات -العمالية والمهنية-

<sup>(١)</sup> C. C. 81 - 132 D. C., 16 janvier 1982, R. p. 18.

<sup>(٢)</sup> Ç. C. 85 - 197 D. C. 23 Août 1985, R. p. 70

فلا تكون أرواها غير قوة لها تأثيرها على جهة الرقابة على الدستورية، تجعلها أكثر حذرا في تقييراتها، خاصة إذا قويتها سوابقها القديمة بمفاهيمها<sup>(١)</sup>.

وفي ظل هذه الأوضاع، كان على الجهة القضائية للرقابة على الشرعية الدستورية، أن توافق بين الآراء المختلفة؛ وأن تحرص على موضوعية أحكامها؛ وأن تقيم رابطة منطقية بينها تكفل تماسكها، وتحول دون تعثرها، فلا تتباعد أو تتناقض اتجاهاتها، حتى يظل القبول بأحكامها قائما من منطلق قوة الإقناع، وبقطة الضمير. فما نقره جهة الرقابة على الدستورية من أن كرامة الإنسان وصونها، أصل كل حرية يطلبها، ووعاء لحقوقه جميعا؛ لا يجوز أن يكون تعبيرا منفلتا دون ضابط؛ ولا منبئا عن سلطة تقديرية كاملة تخولها أن تقرر ما تريد؛ وإنما عليها أن تقيم لهذه القاعدة أسسها ودعاماتها التي يناقشها الناقدون لها، فلا تكون صحتها ومثانة حجتها، غير دعوة مفتوحة للانضمام إلى تقييراتها.

وفي ذلك ما يحمل جهة الرقابة على الدستورية على أن تبصر أحكامها حقيقة الأوضاع التي تحيطها؛ وأن تقدر وجهات النظر المختلفة التي تتصل ببعض نقاطها؛ وأن تكون أسبابها متواصلة منطقيا في غير انقطاع، وتساندها في أصولها وفروعها مفضيا إلى منطوقها، دالا على ارتباط مقدماتها بنتائجها. فلا تكون القاعدة الدستورية التي ترسيها جهة الرقابة إلا مرجحة مصالح لها خطرها؛ ومنبئة عن تطور في اتجاه التقدم.

وفي ذلك ما يمايز بين النظم الشمولية والنظم الديمقراطية. ذلك أن أولها تنظر إلى حقوق الفرد وحياته على ضوء مفاهيم تفرضها أيديولوجية تبنيها، ولا تتسامح في جدل يدور حول توسعتها أو كيفية تطبيقها إلا في الحدود التي تأذن بها.

ولا كذلك النظم الديمقراطية التي لا تتغلق معها مفاهيم الحق والحرية. بل تكون مفتوحة معانيها، منطورة مقاصدها، في إطار دائرة من الحول تنتوع مجالاتها، وتتعدد حلقاتها، وتطرح بأدواتها ما تراه صائبا في تقديرها. فلا تنفرد الأغلبية بتقرير كل شأن عام، ولا تكون لها شوعية نهائية تحول دون محاسبتها عن أخطائها.

(١) Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institution politiques, quatrième édition, p 299-315.

وفي ذلك المحيط، تعمل جهة الرقابة على الدستورية التي تطرح بأحكامها القيم التي احتضنها الدستور. فلا تنظر إلى خياراتها في المسائل المعروضة عليها باعتبارها حلولاً نهائية لها. وعليها بالتالي أن تقبل بصورة مطردة كل تطور في المفاهيم التي تتحدد على ضوءها دستورية النصوص القانونية، وأن تقرر للمواطنين الحقوق الأکفل لمصالحهم، ولو لم ينص عليها الدستور، كلما أمكن ربط هذه الحقوق بأحكامه. وفي ذلك تعميق للديمقراطية.

### المبحث السادس

#### أثر المفاهيم الديمقراطية على المحكمة الدستورية العليا

٢٨٦- ثمة حقيقة لا نزاع فيها، هي أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية إن تحقق ما يراد لها من تطور، ولن تبلغ الأمال المعقودة عليها في غيبة الديمقراطية المتكاملة في أركانها ووسائلها وأهدافها؛ والتي تعارض بمفاهيمها نظرية الخطوط الحمراء التي لا يجوز اجتيازها، والفواصل التي لا يجوز تخطيها؛ والمسائل التي لا تجوز مناقشتها إلا وراء جدران مغلقة؛ والحلول الجزئية لأوضاع قائمة بظلمها وتفريقها بين المواطنين؛ والحواجز التي تعيد مضمون الحوار وطرائقه؛ والتلون بالانتهازية وبريق الأطماع وصولاً إلى المراكز المؤثرة في اتخاذ القرار؛ وإحلال تركيز السلطة محل توزيعها؛ واستقرارها في يد من يتولاها إلى غير حد، بدلاً من تداولها من خلال حق الاقتراع كي يظفر بها من يستحقها عدلاً لا بهتاناً؛ مغالبة لا زلفى.

ولا تزال السلطة في الدول النامية -حتى اليوم- بيد فئة محدودة تطو بموقعها فوق كل الجباه، وتستبد بوسائلها بكل أمر، وتقر خصومها بكل الطرق. وحتى الذين يناصرونها، لا يؤمنون حقاً بها، وإنما يقدمون قربانهم إليها حتى يحظوا بموطن قدم لديها، ويحصلون منها على المزايا التي تكافئهم بها، والفرص التي تتيحها لهم بخير الحق. فلا تكون هذه المزايا والفرص إلا أسلماً يتقاسمونها، وغنائم يختصون بها بالمخالفة للقانون.

والمواطنون إلى جانبهم قابعون في أماكنهم لا يتحولون عنها حتى لا تتألم السلطة بفحشها وتمردها، بعد أن صار القانون أداة بطشها تصوغ نصوصه بالكيفية التي تراها، وبالمقاييس التي تستصوبها.

ولا تزال شهرة السلطة بريفاً خاطفاً للأبصار. وطغيان نفوذها قاهراً لكل القيم، وإفكها يتخذ من الشرعية التي يناهضها ثوباً وإطاراً.

وكان من المفترض أن تؤثر مثل هذه الأوضاع في الكيفية التي تباشر بها المحكمة الدستورية العليا ولايتها؛ وأن تعجزها عن القيام بمهامها، لولا أن رجالها كانوا أهد بصراً بأمال مواطنيهم وطرق تحقيقها؛ وكان عليهم أن يردوا المسائل المتنازع عليها إلى أصولها في الدول

الديمقراطية؛ فأجروا عليها مقاييسها وقرروا في أحكامهم أن حقوق الإنسان وحرياته في مصو لا تتحدد مضامينها، ولا ضوابط ممارستها إلا وفق المعايير التي التزمها الدول الديمقراطية واتخذتها أسلوباً لحياتها، فلا تكون لحقوقهم وحرياتهم هذه معايير ضيقة تنال من جوهرها. بل هي الأفاق الديمقراطية الأرحب والأعمق، تسعى في كل تطبيقاتها، وتلوجها بالقيم التي احتضنها الدستور، وبخصائص الدولة القانونية في نظمها وتوجهاتها؛ وبضرورة أن تكون الحرية في معناها الحق، هي إرادة الاختيار والإبداع وسلطة التقرير<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس حيث تقول المحكمة أن مضمون القاعدة القانونية التي تنص على أن دولة القانون عليها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية بأطراد، واستقر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة.

وأنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٤١ وما بعدها من الجزء الثامن حيث تقول المحكمة الدستورية تعليقاً إلى الإبداع ليس إلا موقفاً حراً واعياً يتناول ألواناً من العلوم والفنون تعدد أشكالها وطرائق التعبير منها. وهو في حياة الأمم إثراء لها وأداة ارتفاعاتها.



### الفصل الرابع عشر

### الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها

#### المبحث الأول

#### تنوع مصادر الشريعة الدستورية

٢٨٧- تتنوع المصادر التي تحتكم إليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية ففى مجال الفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها. فلا يكون الدستور وحده مرجعها، وإنما تقوم إلى جواره نصوص أخرى لها قيمة دستورية كوثائق إعلان الحقوق.

وتنوع هذه المصادر يفيد بالضرورة تغاير معانيها، وتفرق توجهاتها واحتمال تعارضها فيما بينها Hétérogénéité بالنظر إلى اختلافها فى الحقائق التاريخية التى تحيط بها، وتباين ظروفها، وتنوع المفاهيم الفلسفية التى انبثقت، فلا يكون نسجها، ولا وقت صدورها، متجانسا، ولا تربطها ببعض وحدة المفاهيم التى وجهتها ولا القيم التى احتوتها، ولا الأجواء التى لا يستها.

ذلك أن ما يميز تلك المصادر هو التعارض لا التوافق، بل إن تنافرها فيما بينها يعتبر جوهر خصائصها Le caractère principal.

فالحقوق المدنية والسياسية كحرية التعبير والحق فى الحياة وحرية التنقل، مقرررة أصلا لمصلحة الفرد فى مواجهة الدولة التى يتعين عليها ألا تتدخل فى هذه الحقوق إلا فى أضيق الحدود سواء لضمان الوسائل الأفضل لانتفاع للمواطنين بها، وتأكيد ذاتيتهم؛ أو لتحقيق التوافق بين مباشرتها وحقوق الآخرين، فلا يضارون بسببها.

ولا كذلك الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التى تقتضى تدخلا إيجابيا من الدولة لجعلها مدينة بها Droits – créances لمصلحة الأفراد والجماعات كضمانها حدا أدنى من الدخول وتوفيرها المعاهد التعليمية وأدواتها، وكفالتها الوسائل الطبية التى تصون بها صحة مواطنيها وتقويم مخاطر الأمراض على اختلافها. وهذه الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق هى التى يبينتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

الأصل في الحقوق المدنية والسياسية، هو اقسامها بإمكان توكيدها قضاء justiciable وإنفاذا جبرا Enforceable ذلك أن مجرد امتناع الدولة عن التدخل في نطاقها دون مقتضى، يعتبر كافيا لضمانها. وعليها بالتالي ألا تأتي أفعالا تعارضها أو تنقضها.

وعلى نقيض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة إيجابيا لتقريرها عن طريق الاعتماد على مواردها الذاتية التي تتيحها قدراتها؛ بما يؤدها، أن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية هي التي تتناهى الفقر والجوع والمرض، ويستحيل بالنظر إلى طبيعتها صونها لكل الناس في آن واحد، بل يكون تحقيقها داخل الدولة، مرتبطا بأوضاعها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤولياتها قبل مواطنيها، وإمكان النهوض بمتطلباتها.

فلا تنفذ هذه الحقوق نفاذا فوريا، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعها لنطاقها، ليكون تدخل الدولة إيجابيا لإيفائها، متتابعا، واقعا في أجزاء من إقليمها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعا<sup>(١)</sup>.

كذلك لا يتعلق التغير في الحقوق بما هو منصوص عليه منها في الدستور. وإنما تتفاوت كذلك وثائق إعلان الحقوق في مبادئها وتوجهاتها.

ذلك أن منها ما يقدم للفرد على الجماعة، وتظهر نزعة الفردية شديدة الوضوح. ومنها ما يؤسس الديمقراطية على القيم الاقتصادية والاجتماعية التي تقدم الحقوق الجماعية على الحقوق الفردية. بل إن الدساتير ووثائق إعلان الحقوق لا تتعارض فقط في الخطوط العريضة التي تعمل في إطارها. وإنما كذلك في مكوناتها.

فالعمال الذين يضربون عن العمل، يخلون بحق المرافق في ضمان انتظامها حال أن إضرابهم يعتبر من الحقوق ذات القيمة الدستورية التي تقوم إلى جوار حق المرافق فسي تأمين سيرها المنتظم. وكلاهما بالتالي حقان دستوريان<sup>(٢)</sup>.

(١) دستورية عليا القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٥٥١

وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) C. C. 79- 105 D.C.. 25 juil 1979, R.p. 33.

كذلك فإن الحرية الفردية وما يقارنها من الحق في التنقل جنة وذبابا، قد تناقض حق الجماعة في ضمان أمنها وتحقيق خيرها العام. وكلاهما حقان دستوريان<sup>(١)</sup>. وتدخل حرية العامل في تحديد أجره، بحق منظمته النقابية في التدخل لتقرير شروط عمل أفضل لمصلحه أعضائها. وكلاهما مبدآن دستوريان يتفرع أولهما عن حق العامل في تقرير شروط العمل الذي دخل فيه باختياره؛ وثانيهما عن الحرية النقابية<sup>(٢)</sup> وتعارض حرية التعليم، حرية الاعتقاد. وكلاهما مبدآن دستوريان<sup>(٣)</sup>.

(١) C. C. 81- 127 D.C., 19- 20 janu 1981, R.p. 15.

(٢) C. C. 89- 256 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 53.

(٣) C. C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

### المبحث الثاني

#### التوفيق بين مصادر الشريعة الدستورية حال تعارضها

٢٨٨- وهذه الصور من التعارض وما يمثّلها، والتي تتطّق جميعها بالحقوق التي تكلفها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق في مضمونها الداخلي، وإن أمكن إلزاقها من خلال التوفيق ببعض الأحكام التي تنظمها وتحديد إطار لكل منها، إلا أن بعض صور التعارض يستحيل توفيقها مع بعضها، ومن بينها التعارض المطلق بين حق العمال في الامتناع عن العمل، وحق المرافق في ضمان تشغيلها من قبل العاملين فيها، فلا يطرأ انقطاع على سيرها المنتظم.

وتظل الحقيقة الثابتة التي نطل دوما برأسها هي أن نصوص الدستور ووثائق إعلان الحقوق، قد تتعارض فيما بينها، وأن وثائق إعلان الحقوق ذاتها قد ينقض بعضها البعض حال تعددها، وأنه حتى في نطاق الوثيقة الواحدة، فإن أحكامها قد لا تتوافق في مضمونها. وقد يفكر بعضها إلى التحديّد، فلا تكون معانيها قاطعة جلية.

ويظهر ذلك بوجه خاص في المبادئ التي تقوم عليها الوثيقة الدستورية. ذلك أن عموم عباراتها يغاير بينها وبين القواعد القانونية التي يحيط التفصيل الدقيق بأحكامها. وبظل واضحاً أن ما هو جلي من نصوص الوثيقة الواحدة، لا يمثل كثرتها. فما تنص عليه المادة ٨ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي من أن القانون لا يجوز أن يقر عقوبة جنائية ما لم تقرضها الضرورة الظاهرة المتناهية في شدتها *Strictelement et evidément nécessaires*، يتسم بالغموض، إذ لا تبين هذه المادة حقيقة المقصود بالعقوبة التي يجوز فرضها. وحق العمال في الإضراب عن العمل، وإن كان واضحاً في معناه، إلا أن حرية تدلول الأفكار والآراء تنقفر إلى التحديد. فهل تتوجه هذه الحرية إلى من يروجون هذه الآراء أو إلى من يتلقونها؟! وهل حرية وسائل الإعلام هي حرية تملكها، أم حرية الاتصال بها والنفوذ إليها.

وتظل كافة النصوص ذات القيمة الدستورية -وأيما كان قدر وضوحها- مصدر الرقابة القضائية على الدستورية ومرجعها، سواء في ذلك تلك التي تتعلق بضرورة العقوبة<sup>(١)</sup> أو بتأمين الأفراد في أشخاصهم وأموالهم وصحتهم<sup>(٢)</sup>؛ أو بحرية تدفق الآراء والأفكار من روافدها

(١) C.C. 81- 127 D.C., 20 janv. 1981. R.p. 15.

(٢) C.C. 80- 117 D.C., 22 juil. 1980. R.p. 42.

المختلفة<sup>(١)</sup> أو بالحق في الحصول على عمل<sup>(٢)</sup>). كذلك فإن غموض الوثيقة الواحدة أو الوثائق المتعددة في بعض أحكامها، أو حتى تناقضها فيما بينها، وإن كان حقيقة قائمة لا يجوز غش البصر عنها، إلا أن غموضها أو تعارضها لا يجوز أن يكون منخلا إلى تماحيها، ولا أن يؤول إلى نهاتها فيما بينها.

فما غمض من نصوصها لا يجوز استبعاده. وليس لنصوصها الجلية قيمة أكبر من سواها. والتوفيق بين أجزائها حال تعارضها من الأغراض التي تقوم عليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. وهي تقيم صلة منطقية بين الحقوق السياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وترفض تقرير أولوية لبعضها على بعض. ذلك أن الحقوق التي تكفلها الوثائق الدستورية -وليس كانت دوافعها أو الفلسفة التي تقوم عليها- لا تتدرج فيما بينها، ولا يجوز ترتيبها بصورة متساعده على ضوء أهميتها العملية، حتى لو كان بعض هذه الوثائق مكملا لبعضها الآخر. ذلك أن تكاملها لها تغيد سد الفراغ فيها، وتدل على تضام تلك الوثائق بما يكفل مساندة بعضها لبعض، ومعاملتها عن قدم المساواة الكاملة.

#### ٢٨٩- وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها<sup>(٣)</sup>:

>>>من المقرر أن حقوق الإنسان وحياته التي كفلها الدستور لا تتدرج فيما بينها ليعطو بعضها على بعض. بل يتعين النظر إليها بوصفها قيما عليا تنظم حقوقا لا تنقسم، فسيلا يجوز تجزئتها، بل يكون ضمانها في مجموع عناصرها ومكوناتها، لازما لتطور الدول لمجتمعاتها وفق قواعد القانون الدولي العام، التي تشكل في التطور الراهن لهذه الحقوق، كثيرا من ملامحها.

ولئن جاز القول بأن لبعض هذه الحقوق -كذلك التي تتعلق بالشخصية القانونية لكل إنسان، وألا تفرض عليه عقوبة يكون تطبيقها رجحيا، أو مهينا، أو كاشفا عن قسوتها، ولا أن يكون مسخرا لغيره أو مسترقا- خصائص تكفل ضمانها في كل الظروف، فلا يجوز تجريد أحد من محتواها، أو إرهابها بقيود تال منها، وأنها بصفتها هذه تعتبر مفترضا أوليا لقيام غيرها من

(١) C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1982. R.p. 48.

(٢) C.C. 81- 134 D.C., 5 janv. 1982. R.p. 15.

(٣) القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٦٦ - ٥٦٧ من الجزء السابع من أحكامها.

الحقوق، بل ولممارستها في إطار ملائم؛ إلا أن حقوق الإنسان جميعها، لا يجوز عزلها عن بعض، ولو كان لبعضها دور أكبر لصلتها الوثقى بوجوده وأهميته. بل يتعين أن تتوافق وتتآغم فيما بينها، لتتكامل بها الشخصية الإنسانية في أكثر توجهاتها عمقا ونبلا.

يؤيد ذلك أن إنهاء التمييز على أساس من العنصر أو الجنس أو العرق أو العقيدة، يمكن أن يؤثر بصورة جوهرية فيما تقرره الدولة لمواطنيها من التدابير الاقتصادية والاجتماعية التي تعيد بها بناء القوة السياسية وتوجيهها. كذلك فإن صون حرية التعبير والاجتماع للمواطنين، يعتبر عازلا ضد جنوح السلطة وانحرافها، وضمانا لفرص أفضل لتطوير مجتمعهم ليكون مدنيا نابضا بالحياة».

### المبحث الثالث

#### تعاون الوثائق الدستورية لا تناقضها

٢٩٠- وفضلا عما تقدم ليس للوثائق الدستورية الألفق في صورها Lex posterior قيمة أكبر من تلك السابقة عليها. فليس ثمة حقوق قديمة وأخرى حديثة بما يقدم أحدثها على أقدمها، وليس ثمة حقوق تقتضيها الأوضاع المعاصرة Droits nécessaires à notre temps، تكون أعلى قدرا من الحقوق التي كفلتها وثائق ماضية Droits de caractere dépassé.

وليس أدل على ذلك من الرجوع إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل إلى كل من إعلان ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦، وتجعلهما جزءا من الدستور القائم بما يؤكد انطواءهما على قيم لا يجوز التخلي عنها مفاهيم معاصرة، ويفيد تساويهما في القوة والأثر بعد اقتراع الجماهير عليها معا في استفتاء ١٩٥٨/٩/٢٨. كذلك فإن التمييز بين الحقوق على أساس أهميتها يفيد بالضرورة ترتيبها فيما بينها وفق معايير شخصية تقتفر إلى الدعائم التي ترجحها.

ويتعين بالتالي النظر إلى الحقوق التي تدرجها الوثائق الدستورية في صلبها، لا على أسس أن بعضها أكثر دستورية من غيرها Plus constitutionnel qu' d' autres، ولا على أنها تتفرق ولا تتكامل؛ ولا على أن بعضها لا يعتبر مضافا إلى غيره، أو محددا محتواه؛ ولا أكثر أهمية من سواه.

وإذا كان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تفاضل بين هذه الحقوق، فليس ذلك بالنظر إلى ترتيبها وعلو بعضها على بعض، أو اتساع دائرة تطبيقها أو حصرها. وإنما بقصد اختيار القاعدة الأقرب لحل النزاع، والأكثر اتصالا بأبعاده.

ويقتضيها ذلك أن تجل بصرها في كل حالة على حدة، وأن تقدم أصوب الحلول التي ترتبها من خلال عملية انتقائية تجريها فيما بين القواعد المختلفة ذات القيمة الدستورية، والتسعى لتزاحم فيما بينها على حكم العلائق القانونية التي بطرحها النزاع المعروض عليها، فلا ترجح من بينها غير أكثرها ملاءمة لها. وليس ذلك إلا تحكيما يقدم القاعدة الأقرب لحل النزاع على سواها. وفي إطار هذه الدائرة تبشر الجهة القضائية رقابتها على الشرعية للدستورية.

ولئن كان يجوز لهذه الجهة أن تفاضل دستوريا بين الحقوق التي تكفلها الدساتير، وغيرها من الوثائق التي لها حكمها؛ إلا أن من الفقهاء من يقول بجواز أن تغاير الجهة القضائية في نطاق الحماية التي تكفلها للحقوق، بالنظر إلى مضمون كل حق منها<sup>(١)</sup>.

بيد أن وجهة لنظر هذه بنفيها أن القائلين بها غير متفقين فيما بينهم على قائمة الحقوق التي تقتضى حماية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية، وحرية التعبير وحرية الصحافة، وحرية العقيدة، على سواها<sup>(٢)</sup>.

ويركز آخرون على حرية التعبير والعقيدة والحق في الاجتماع وحرية التعليم<sup>(٣)</sup>. ومنهم من يعطى أولوية في الحماية لحقوق الإنسان جميعها، كالحق في الحرية، وفي الأمن، والملكية والتمرد على الطغيان<sup>(٤)</sup>. واختلافهم على هذا النحو في قائمة الحقوق الأجر بالحماية الدستورية، يؤكد الطبيعة الشخصية لاجتهاداتهم، وأن مآلها إلى التمييز بين الحقوق، وإلى تصنيفها على ضوء أهميتها، بما يفيد ترتيبها وتدرجها. وهو أمر غير مقبول بالنظر إلى تكافؤ الحقوق جميعها، وتساويها في مدارجها، لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى التعددية التي يعطيها المجلس الدستوري الفرنسي قيمة مطلقة كأحد شروط الديمقراطية<sup>(٥)</sup>. Le respect du pluralisme est une des conditions de la démocratie أو هي أساسها<sup>(٦)</sup> le fondement de la démocratie.

وفيما عدا التعددية، ليس ثمة حرية أو حق أو مبدأ من طبيعة مطلقة، وإنما يجوز تقييده.

(١) Dominique Rousseau, Droit du contenu constitutionnel, 4 e édition, p. 114.

(٢) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, E. D. C. F. 1988, no 40, p. 181.

(٣) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, Cours Européenne des droits de l'homme, p. 33.

(٤) Dominique Turpin, contentieux constitutionnel, P.U.F., droit fondamental, 1986, p. 86.

(٥) C. C. 82- 141 D. C., 27 juil 1982, R. p. 48; C. C. 84- 181 D. C., 10- 11 Octo. 1984, R. P. 28.

(٦) C. C. 86- 217 D. C., 18 sep. 1986, R. p. 141; C. C. 89- 271, D. C., 11 janv. 1990, P. P. 21.



فالحائزون لأسهم يملكونها، يجوز تقييد حريتهم في النزول عنها<sup>(١)</sup> كذلك فإن حرية تكوين المشروع الخاص، يجوز تقييدها وفق مقتضيات الصالح العام<sup>(٢)</sup> ويجوز كذلك فرض قيود على الإعلان عن الطباخ والكحول والدعاية لترويجها، وذلك بالنظر إلى إخلال التعامل فيها بصحة المواطنين<sup>(٣)</sup>.

كذلك يجوز تقييد الحرية الشخصية وحرية الانتقال لحماية أغراض ذات قيمة دستورية يقتضيها المصلحة العامة<sup>(٤)</sup>. وحرية التعليم يجوز تقييدها كذلك من خلال تدخل الدولة وإشرافها على تعيين المعلمين بالنظر إلى المعونة المالية التي تقدمها إلى المعاهد التعليمية<sup>(٥)</sup>، ودون إخلال بحرية العقيدة التي يؤمن المعلوم بها<sup>(٦)</sup>.

وتوفق جهة الرقابة القضائية على الدستورية بين حق المرافق العامة في ضمان سيرها المنتظم؛ وبين حق العمال في الإضراب<sup>(٧)</sup>، ثم بين هذا الحق وحماية الأموال؛ وتعمل هذه الجهة كذلك كحكم في مجال التوفيق بين الحرية الشخصية في تحديد الأجر؛ وبين حرية التفاوض حول مقداره بصورة جماعية.

وفي كل هذه الفروض تقبل الحقوق جميعها سرفيا عدا الحق في التعددية - تقييدها بما لا يخل بجوهرها. وتعتبر هذه القيود إطار مباشرتها، ومن أوصافها التي لا تنفصل عنها، والتي لا شأن لها بترتيبها أو بترتيبها فيما بينها.

كذلك فإن المبدأ الواحد ذا الطبيعة الدستورية، يجوز أن يقيد بصور مختلفة، على ضوء أوضاع متغيرة. ولا يجوز بالتالي تقسيم الحقوق إلى حقوق يجوز تقييدها بدرجة أكبر، وإلى حقوق يجوز أن تكون القيود عليها أقل؛ ولا أن ينظر إلى الحقوق حال سكونها لتحديد نطاق القيود على الحقوق التي يجوز فرضها عليها.

(١) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989, R. P. 41.

(٢) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989, R. P. 41.

(٣) C. C. 90- 283 D.C., 8 Janv. 1991, R.P. 11.

(٤) C.C. 85- 187 D.C., 25 janv. 1985, R.p. 43.

(٥) C.C. 84- 185 D.C., 18 janv. 1985, R.p. 36.

(٦) C.C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

(٧) C.C. 89- 257 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 59.

وإنما الحقوق في حركتها وفي إطار الأوضاع التي تقارن مباشرتها، هي ضوابط تنظيمها.

فالتقيود التي فرضها المشرع على الإعلان عن الطبايق والكحول، وإن كان لا نزاع في مساسها بالحقوق في الملكية وبحرية تكوين المشروع الخاص؛ إلا أن تلك القيود يبررها أن ضمان صحة المواطنين، يعتبر بلا نزاع مبدأ دستورياً<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حرية تبادل الآراء والأفكار، وإن كان الدستور يصونها، ويرفض بالتالي تعليق إصدار الصحافة المقروءة على ترخيص سابق؛ إلا أن هذا الترخيص يكون مطلوباً كتقييد على هذه الحرية ذاتها كلما تعلق الأمر بصون القيم الخلقية التي قد تخل بها وسائل الإعلام السمعية والبصرية<sup>(٢)</sup>.

وينافي حرية تكوين الجمعية، تعليق إنشائها على ترخيص سابق، ما لم تكن الجمعية أجنبية<sup>(٣)</sup>.

وتتفاوت القيود التي يجوز فرضها على الحق في الإضراب، على ضوء أهمية المرفق العام، فتكون هذه القيود أكبر في المرافق التي تعمل بالطاقة النووية أو تحفظها، وأقل حدة في مرافق الراديو والتلفزيون.

ويبطل بالتالي كل تعميم للقيود التي يجوز فرضها على المرافق العامة، والتي لا يعتد في تحديد نطاقها، لا بأهمية المرفق، ولا بحجم الأضرار التي تلحق المنتفعين به من جراء توقفه عن العمل<sup>(٤)</sup>.

وهذا التوازن بين الحقوق حال حركتها، والقيود التي يجوز فرضها عليها في أوضاع تلاعبها؛ مؤداه ضرورة النظر إلى هذه الحقوق وقت انتقالها من صيغها المجردة إلى تطبيقاتها العملية، وأن تقدر جهة الرقابة القضائية بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها، وبمراعاة أن المبدأ الواحد قد تتغاير قيوده على ضوء أوضاع تطبيقه.

(١) C.C. 90- 283 D.C... 8 janv. 1991, R.p. 11.

(٢) C.C. 86 - 217 D.C... 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٣) C.C. 71 - 44 D.C... 16 juil. 1971, R.p. 29.

(٤) C.C. 80 - 117 D.C... 22 juil. 1980, R.p. 42; C.C. 79 - 105 D.C... 25 juil. 1979, R.p. 33; C.C. 87 - 230 D.C... 28 juil. 1987, R.p. 48.

بيد أن هذا التقدير، وإن كان شخصياً تتولاها جهة الرقابة بنفسها ووفق معاييرها، إلا أن شخصية التقدير لا تعطى التحكم، ولا تقضى بالضرورة إلى سلطة مطلقة.

وإنما تعمل الجهة القضائية للرقابة في إطار علاقة منطقية بين الحقوق ومتطلباتها من جهة بما يكفل فعالية ممارستها؛ وبين محيط عام يتصل بأوضاع مباشرة هذه الحقوق من جهة أخرى، ولا يعزلها بالتالي عن بلدها، ولا عن سلطاتها، وأحزابها، وفقهاها، وآراء مواطنيها؛ ولا عن الحدود الأوسع لمجتمعها. ذلك أن المحيط العام من حولها يضبط حركتها، ويفرض عليها موضوعية التقييم للقيود التي يجوز فرضها، وتلك التي يتعين رفضها.

وهي تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها أخذاً في اعتبارها عوامل شتى تختلف أهميتها على ضوء خصائص الحالة المعروضة عليها، من بينها درجة قوة الحجج التي طرحها الناقدون لهذه النصوص والمدافعون عنها، ودوافعهم السياسية. فضلاً عن الأوضاع السياسية بوجه عام، وكذلك تلك التي تحيط بوجه خاص بالخصومة الماثلة أمامها، وطبيعة المسائل التي تتناولها ودرجة تعقدها، وردود الفعل التي تقارن الحكم الصادر فيها، وأثره على تطور مجتمعها، وضوابط القيم التي ينبغي أن يكفلها.

وعليها أن تستلهم في ذلك أقوال الفقهاء، والقضاء المقارن، وبما لا يخل بالترايط المنطقي بين هذا الحكم وأحكامها السابقة، لتعمل جميعها في إطار منظومة واحدة تتصل فيها الحقوق التي تؤكد بعضها ببعض، فلا تتنافر أوجه حمايتها.

وهذه العوامل المختلفة هي التي تفرض ضغوطها على جهة الرقابة القضائية، فلا تكون أحكامها غير تتفاعل معها. وهي تطور مفاهيمها القضائية كي تكفل لمجتمعها السير في اتجاه التقدم *La marche vers le progrès*، ولو تم ذلك بخطى وثيدة<sup>(١)</sup>.

(١) Jacques Robert, le Conseil constitutionnel en question, le Monde 8 dec. 1981.

**الفصل الخامس عشر**  
**الرقابة القضائية على الدستورية**  
**في حدودها الداخلية والخارجية**

٢٩١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من خضوع النصوص القانونية لفرائض الدستور في متطلباتها الشكلية والموضوعية، يقابل ما يقرره القضاء المقارن من الفصل في دستورية النصوص القانونية، سواء من جهة حدودها الخارجية التي تبلور ضوابطها الشكلية؛ أم من زاوية حدودها الداخلية التي تتعلق بمدى اتفاق مادة القانون أو محتواه ومضامين الدستور.

**المبحث الأول**

**مناطق الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية**  
**Le contrôle de la constitutionnalité externe**

٢٩٢- يقصد بالحدود الخارجية للنصوص القانونية، أن تصدر للسلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية تشريعا بالمخالفة للقيود الشكلية التي تطلبها الدستور فيه. وأكثر ما يتحقق ذلك في الأحوال التي لا تلتزم فيها السلطة التشريعية بحدود ولايتها، سواء بطريقة إيجابية أو سلبية. فيكون عدم اختصاصها إيجابيا L'incompétence positive إذا أقرت قانونا عاديا في مسائل قصر الدستور تنظيمها كلها أو بعضها على القوانين العضوية<sup>(١)</sup> في الدول التي تفرق بين هذين النوعين من القوانين. وكذلك إذا أقرت قانونا في المسائل التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية.

وقد يكون عدم اختصاص السلطة التشريعية سلبيا بتحقيق بتخليها عن مباشرة اختصاص يدخل ولايتها<sup>(٢)</sup>. كأن تعهد إلى سلطة محلية بفرض ضريبة لا تدخل في اختصاصها، أو تكفل إليها أمر تحديد وعائها أو سعرها أو تاريخ بدء سريتها؛ أو تحيل إلى منظمة وطنية أمر تحديد القواعد التي يتحول بها القضاء العام إلى قضاء خاص. أو تقرير القواعد التي تقيد من احتكاز وسائل الاتصال، وبوجه خاص تلك التي تكفل التعددية الصحفية<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٢) C.C. 81- 123 D.C., 17 Jan. 1982, R.p. 18.

(٣) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

فالتفويض في هذه الصور جميعها يفيد تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها في الوقت الذي لا يدعوها الدستور فقط إلى تولى مهامها؛ وإنما يكلفها كذلك بالنهوض بها، ويحملها على أن تقرر كافة القواعد الرئيسية التي تدخل في اختصاصها، حتى لا تترك للجهة التي فوضتها -إدارية كانت أم غيرها- سلطة تقديرية عريضة.

ذلك أن القانون، وكلما أحاط بالقواعد الرئيسية التي يقوم عليها، كان حسائلا دون إخلال آخرين بولاية السلطة التشريعية التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في هذه الفروض لصون حدودها، حتى لا يكون تخليها عن بعض مظاهر ولايتها، نكولا سلبيا عن مباشرتها؛ متعلما يعتبر خروجها عن حدود هذه الولاية، تعديا إيجابيا على سلطة تملكها غيرها.

ويستتبع تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها أكثر صور الرقابة على الدستورية صرامة. بل إن جهة الرقابة على الدستورية، تظهر في مواجهة هذا التخلي، وكأنها المدافعة عن ولاية السلطة التشريعية، الحريصة على أن تكون شريعاتها وافية في مبادئها وقواعدها، بما يكفل تحقيق أهدافها.

وكلما كان التفويض الصادر عن السلطة التشريعية مرنا غير قاطعة حدوده، فإن الجية التي فوضتها في اختصاصها، تتحول إلى سلطة نهائية للتقرير، فلا تكون سلطة مقيدة، بل مطلقة.

ولأن تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها، يعود إلى تسليها من مباشرتها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تتردد في أن تواجهه من تلقاء نفسها D'office، إذا لم يكن الطاعن قد فض إلى هذا العوار، أو كان لم يجبأ به<sup>(١)</sup>.

على أن المطاعن الشكلية التي تعتبر النصوص القانونية، لا تقتصر على اقتحامها ولائحة اختص الدستور غيرها بها، ولكنها تشمل كذلك كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، إذا كان الدستور قد حظر الوقوع فيه. ذلك أن مثل هذا الخلل -أيا كان قدره أو أثره على عملية إقرار القانون- مؤداه بطلان النصوص القانونية التي تعلق كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، مؤداه بطلانها، أيا كان قدر هذا الخلل، أو أثره على عملية إقرار القانون.

(١) C. C. 83 165 D.C., 20 janv. 1984, R.p. 38

ويعتبر خلافاً لإجرائها يبطل القانون بوجه خاص، حرمان أعضاء السلطة التشريعية أو بعضهم من حقوقهم في التعبير عن آرائهم فيه، أو الخوض في بعض جوانبه، أو من الحصول على أية معلومة يرونها لازمة لتقييم النصوص التي تضمنها. ذلك أن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، من قبيلها؛ لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيانها أصلاً في غيبتها، لتفقد بتخلفها سماتها كقواعد قانونية يحمل المخاطبون بها على النزول عليها<sup>(١)</sup> وتتوافر المخالفة الشكلية كذلك لنصوص الدستور، إذا لم تلتزم السلطة التشريعية بالقواعد الإجرائية التي أحاط بها الدستور إقرار القانون. ومن ذلك التفتاتها عن الحصول على رأى الجهة التي عينها الدستور لاستطلاع وجهة نظرها في مشروع القانون قبل الاقتراع عليه<sup>(٢)</sup>.

ولا تنترد جهة الرقابة في أن تتحقق من تلقاء نفسها، من كل مخالفة إجرائية تنجم عن إهمال القواعد الشكلية التي تتطلبها الدستور<sup>(٣)</sup>.

ولقد بسط المجلس الدستوري الفرنسي رقابته في هذا الشأن، ليس فقط بالنسبة إلى الإراء الاستشارية التي يتطلبها الدستور، بل كذلك بالنسبة إلى ما يكون من هذه الآراء متصلاً وحبوا بموضوع القانون، ولو لم يتطلبها الدستور<sup>(٤)</sup>.

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن مجرد توافر صلة -أيما كان عمقها- بين موضوع القانون المطروح على البرلمان لإقراره، وبين جهة ينظم هذا القانون نشاطها، لا يعتبر كافياً لإيجاب أخذ رأيها فيه. وإنما يتعين أن يكون نص الدستور مقتضياً هذا الوجوب.

(١) 'دستورية عليا' القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية 'دستورية' - جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١/٢  
 سم ٥٤-٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. وعملاً بمص المادة ١٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية، يحدد رأى مجلس الشورى وحبوا في النواصير المكتملة للدستور. فإذا لم يستطلع مجلس الشعب وجهة نظر مجلس الشورى في شأن هذه القوانين قبل إقرارها، كان البطلان جزءاً تخلف هذه الشكلية التي أوجبها الدستور. وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية - قاعدة رقم ٢٢/٢٢، ٥٤، ٤٣، ٢١، ص ٢٦٣ ٢٩٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 80- 122 D.C., 22juil. 1980. R.p. 49; C.C. 81- 131 D.C., 16 Déc.1981. R.p.39.

(٣) C.C. 81 - 129 D.C., 30- 31 Oct. 1981. R.p. 35.

(٤) C.C. 77 83 D.C., 20 Juil. 1977. R.p. 39.

ويتعين دوماً أن تدير السلطة التشريعية مناقشاتها في شأن مشروع القانون وفقاً للأوضاع الإجرائية التي يقتضيها الدستور. فلا تقرر السلطة التشريعية أجزاء ميزانية الدولة المتعلقة بنفقاتها، قبل اعتمادها لمواردها<sup>(١)</sup>.

---

(١) C.C. 79 - 110 D.C., 24 Dec. 1979, R.p. 36.

## المبحث الثاني

### الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية

٢٩٣- يقصد بالحدود الداخلية للقانون -بوجه عام- تلك التي تتناقض فيها مادة القانون، الدستور في محتواه. ومن ثم يتعلق هذا العوار بالتكوين الداخلي للنصوص المطعون عليها.  
Le contrôle de la constitutionnalité interne.

ومن ذلك إخلال القانون بمضمون حقوق الفرد وحرياته التي كفلها الدستور، على أن يؤخذ الدستور ليس فقط بالمعنى الحرفي لهذه الكلمة، وإنما يدخل كذلك في إطار الدستور كافة القواعد ذات القيمة الدستورية.

ويعتبر القانون مخالفا للدستور في محتواه، ليس فقط إذا خرج على قاعدة في الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور. وإنما كذلك إذا أخطأ في تقدير الأوضاع الظرفية التي قام القانون عليها.

وإذا صدر القانون لتحقيق أغراض لا صلة لها بالمصلحة التي افترض الدستور أن يعمل المشرع على تحقيقها، فإن القانون يعتبر مخالفا كذلك -في حدوده الداخلية- للدستور بالنظر إلى مجاوزة المشرع حدود ولايته انحرافا عنها.

ولئن كان قضاء المحكمة العليا -والمحكمة الدستورية العليا من بعدها- يجيز الطعن في النصوص القانونية لمجاوزة السلطة<sup>(١)</sup> le détournement de pouvoir؛ إلا أن كثيرين

(١) بين من قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائية -دستورية الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٧٥/٦/٧ [نشر هذا الحكم في ص ٣١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعوى الدستورية] أن المدعى في الدعوى المذكورة نعى على القانون المطعون فيه صدره مشوبا بعيب الإحتراف وعدم استهدافه الصالح العام. وقد رفضت المحكمة هذا الوجه من النعى، لا لأنه غير جائز - بل لعدم توافر الدليل عليه. كذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٩٨/٣/٧ [نشر هذا الحكم في ص ١٢١٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها] بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلبا احتياطيا، وعيبا قسديا يتعين أن يكون الدليل عليه وأشياا تنكبه الأعراس "مقصودة من تأسيسها، واستمرارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهها، فلا يكون عملها إلا انحرافا عنها.



يعارضون في ذلك قولاً منهم بأن هذه الصورة من صور الرقابة يستحيل ضبطها بمعايير موضوعية، وأنها في حقيقتها خوض في النوايا الداخلية لأعضاء السلطة التشريعية التي يتعذر رصدها، ولا تقديم الدليل على توطنهم في مجموعهم على مجاوزة حدود المصلحة التي افترضها الدستور في العملية التشريعية.

فضلاً عن أن هذه الصورة من صور الرقابة، تتحل في واقعها إلى نوع من التقييم الخلقى لهؤلاء الأعضاء، وتصنفهم كأشخاص لا توجههم المصلحة العامة فيما يفعلون، وأنهم ينقلبون عليها قصداً، ويعمدون إلى الأضرار بها النواء، وينفرون بوجودهم منها.

على أن أوجه النقد هذه، يعيها أن المحكمة الدستورية العليا - وفي مجال تقصيرها لعوار مجاوزة السلطة انحرفاً عليها - أن تخوض في النوايا التي أضمرها أعضاء السلطة التشريعية فيما أقروه من القوانين؛ ولكنها تستخلصها من عناصر خارجية تكل عليها، مثلما هو الحال في القانون الخاص.

ذلك أن التمييز في نطاق هذا القانون بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مؤداه أن يكون لكل من هاتين الإرادتين مجال عمل فيه، وإن خفاء الإرادة الباطنة لتعطقها بالنوايا الكامنة التي لا يعرفها غير أصحابها، لا يمنع من التكيل عليها بالمظاهر الخارجية التي نشى بها.

ولا يتصور بالتالي أن تستخلص المحكمة الدستورية العليا ما أضمره أعضاء السلطة التشريعية من النوايا، عن طريق تحليل أعماق نفوسهم. ذلك أن النصوص القانونية التي أقرها قد تبدو محايدة في مظهرها. ويتعين بالتالي على من يدعى مجاوزة هذه السلطة لأهدافها، أن يدل على انحرفها من خلال مظاهر خارجية تفصح بذاتها عن تنكيبها المصلحة العامة التي يفترض أن تتفياها.

فلا يكون الدليل على انحرفها مباشراً، بل غير مباشر يقوم على القرائن المتضافرة. ومن ذلك مضايقات مناقشاتها؛ والأعمال التحضيرية للقانون؛ والأوضاع الظرفية التي انبثقت عنها؛ والرغبة الجامحة في إقراره بغير حوار حول مضمونه؛ وقبوله فوراً بالصورة التي عرض بها؛ ومفاجأة المعارضة بمشروع القانون حتى لا تتوافر لها فرص بحثه؛ ونظر هذا المشروع على

وجه الاستعجال دون ما ضرورة، والتأثير على المعارضين لمشروع القانون بالأغواء أو التهديد- لمنعهم من وقفة أو تأجيله.

وتلك صور من المظاهر أو القرائن المتماثلة التي تدل على أن السلطة التشريعية قد خالطتها الأغراض الشخصية في قانون صدر عنها.

ومن ذلك أن تنظم بقانون شئون الصحافة من زواياها المختلفة، فإذا ظهر من استقراء أحكامه، أن ما توخاه هو تصفية الجرائد التي تعارض الدولة وتوجه لها نقدا قاسيا، فإن هذا القانون لا يكون فقط مخالفا للدستور في محتواه بالنظر إلى خروجه على التعددية في الصحافة التي يكفلها تنوع آرائها، ويقوضها بتقليص دائرة ترويجها، وإنما كذلك متضمنا انحرفا في استعمال السلطة لتوجيه التمييز بين الآراء بالنظر إلى مصدرها بما يحول دون تدقيقها ويكبل تصفية بعضها.

٢٩٤- وفضلا عما تقدم، يعتبر القانون -في حدوده الداخلية- مخالفا للدستور في محتواه، ولو كان إقراره ناجما عن خطأ السلطة التشريعية في فهم الدستور أو في تقدير واقعة قام القانون عليها.

ويتحقق قضاء الشرعية الدستورية من توافر هذه الصورة من الخطأ أو تخلفها من خلال عملية تفسير عقلية تقتضيها الوظيفة القضائية. وهي عملية تتم على مرحلتين: أولاهما تحديد مضمون الحق أو الحرية المدعى الإخلال بها. وثانيتهما تحليل حقيقة القانون المطعون عليه في صحيح معانيه ومقاصده. ومن خلال هاتين المرحلتين، قد يظهر لهؤلاء القضاة أن نصوص ذلك القانون يستحيل توفيقها مع الدستور، ويتمين بالتالي لمغها بالبطلان وتجريدها من كل أثر Inopérantes. وقد يحملون القانون المطعون عليه على الصحة من خلال فهمهم المطلق للنصوص التي احتواها، ولو أضفوا إليها معاني غير التي يدل ضاها عليها.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن توجه المشرع إلى الشروط التي يكون بها القانون موافقا للدستور. بل حسبها أن تتولى تقييم أحكامه على ضوء حقيقتها، لا أن تبدل منها، أو تدخل أوصافا عليها تقربها من الدستور.

ذلك أن التفسير الحق لنصوص القانون -في تقابلها أو تعارضها مع الدستور- هو الذي يقيم علاقة منطقية بين مقدماتها ونتائجها، فلا يتخذ التفسير ذريعة إلى تكلمة نقص فيها، ولا إلى تقرير شروط لتطبيقها لم ينص المشرع عليها؛ ولا إلى تعديل محتواها، سواء من جهة موضوعها أو المخاطبين بها؛ ولا إلى تحوير آثارها.

وإنما ينحصر محل الرقابة القضائية على الدستورية في النصوص ذاتها التي أقرها المشرع، والتي حدد على ضوئها مقاصده منها، فلا تحرقها جهة الرقابة لتوقعها مع الدستور، وليس لها أن تعيد كتابتها؛ ولا أن تعدل فيها، ولو كان هذا التعديل جزئيا.

ذلك أن وظيفتها القضائية تلزمها بأن يكون موقفها محايدا من النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تصححها بما يحور معانيها؛ أو بما ينحل لها مفاهيم تتناقض حقيقتها، خاصة وأن قضاء الشرعية الدستورية ينتمون إلى جهة قائمة بذاتها، لا تختلط بالسلطة التشريعية أو تقوم مقامها. وعليها بالتالي ألا تقصر إرادتها بما يشوهها، وإنما تنزل عليها حكم الدستور بعد استصفائها ووقفا عليها.

وإنقاذها القانون المطعون عليه، ليس غاية في ذاتها. بل عليها أن تبطل أحكامه التي تظهر فيها المخالفة للدستورية بصورة واضحة، ولو كان من شأن حكمها، تقوية الجبهة المعارضة للحكومة في حلبة الصراع السياسي بينهما.

وليس لها بالتالي أن تعلق حكمها بعدم دستورية القانون المطعون عليه، على استيفاء هذا القانون لشروط تتطلبها، وإن ساع لها أن تبصر المشرع بالشروط التي تراها ضرورية لضمان صحة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية مستقبلا بما يكفل تحقيق تعاون بينهما في عملية صناعة القانون، ودون ما إخلال بالمهام التي يتولاها كل منهما أصلا في حدود ولايته.

### المبحث الثالث

#### نظرية الخطأ الظاهر

#### L'erreur Manifeste

٢٩٥- الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيد من مباشرتها. وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي أن تستعيز عن إرادة المشرع في التقدير بإرادتها هي؛ ولا أن تبدل تقديره بتقديرها، وعلى الأخص لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها مما يختص به<sup>(١)</sup>.

بيد أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع؛ لا تتناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها، أهدافا تتوخاها؛ ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها، ويباشر قضاة الشرعية الدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معا.

فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تتناقض حكما في الدستور. والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها. فإذا اختلف تناسيها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفا للدستور.

وتلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتعمق دخالها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقة أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال.

وتلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحذر. ذلك أنها تعيد النظر فسي تقييم المشرع لكل واقعة قدم عليها القانون المطعون فيه، وتتصل في ملاءمة النصوص التي احتواها، لتحقيق الأغراض المقصودة منها. وهو ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعهم. ذلك أن ما يراه البعض ملائما، قد لا يكون كذلك في نظر آخرين. وما تتصوره جهة الرقابة

(١) C. C. 74-54 D.C. 15 janv. 1975, R.p. 19. C. C. 84- 179.D.C..19- 20 juil 1983, R.p. 49

القضائية من خطأ ظاهر في تقدير النصوص القانونية الملزمة لتحقيق الأغراض التي تسمتها؛  
قد لا يكون كذلك في تقدير آخرين.

وما الخطأ الظاهر في التقدير، غير خطأ تفقد به النصوص القانونية المطعون عليها تناسبها مع الأغراض التي تعمل على تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بأهدافها حقيقياً. كأن تفقد العقوبة التي فرضها المشرع تناسبها مع الجريمة التي تتعلق بها<sup>(١)</sup>. وكذلك إذا أخطأ المشرع بصورة ظاهرة في تصويره نماذج المراكز القانونية التي نظمها<sup>(٢)</sup>.

وفصل قضاء الشرعية الدستورية كذلك فيما إذا كان المشرع قد حدد سن التقاعد في أصلاً مختلفة بما يجاوز الخطأ الهين في التقدير<sup>(٣)</sup>؛ وما إذا كان قد رسم حدود الدوائر الانتخابية بطريقة يشوبها الخطأ الظاهر<sup>(٤)</sup>؛ وما إذا كانت الغرامة المالية التي فرضها على العاملين في البنوك الذين يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد المودعين، والتي يعادل مبلغها مقدار هذا الدخل، تعتبر جزاء ملائماً<sup>(٥)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية الملزمة، L' erreur manifeste يقوم على ذات الأساس الذي تبطل به النصوص القانونية التي تفقد تناسبها مع الأغراض التي تتوخاها Disproportion manifeste.

ذلك أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية، يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة منها. فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية. والمشرع في هذا المقام يوازن بين بدائل، ويقرر ما يراه أنسبها لتحقيق المصالح التي يرجوها منها. فإذا أخل بصورة جسيمة Attentes excessives -ومن خلال اجتياحه- بأحد الفرائض ذات القيمة الدستورية، بطل القانون<sup>(٦)</sup>.

(١) C. C. 84- 176 D.C., 25 juil. 1984, R.p. 55.

(٢) C. C. 83- 164 D.C., 22 déc. 1983, R.p. 67.

(٣) C. C. 84- 179 D.C., 12 sep. 1984, R.p. 73.

(٤) C. C. 85- 196 D.C., 8 oct. 1985, R.p. 63.

(٥) C. C. 87- 237 D.C., 30 dec., 1987, R.p. 63.

(٦) C. C. 89- 254 D.C., 2 juil. 1989, R.p. 41.

وظاهر مما تقدم أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتدخل بنفسها في العملية العقلية التي يجريها المشرع، لتفصل فيما إذا كان تقديره ظاهر للخطأ، أم أن خطأه في التقدير، محدود الأهمية، ويغتر بالتالي<sup>(١)</sup>.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة القضائية، قلما تواجه مصلحة توخاها المشرع بالمخالفة للدستور، وذلك على تقدير أن المصالح التي يستهدفها تظاهرها الشرعية الدستورية في أكثر أحوالها، كذلك المتعلقة بضمان السير المنتظم للمرافق العامة؛ ويتعدى المعلومات التي تنقلها وسائل الإعلام؛ وباستقلال السلطة القضائية؛ وبضرورة معاقبة المذنبين؛ وباحترام لغة البلد وعلمها ورموزها الوطنية؛ إلا أن الوسائل التي اختارها المشرع لتحقيق المصلحة التي يبتغيها، هي التي تتعلق بها الرقابة القضائية في أكثر تطبيقاتها.

وتباشر جهة الرقابة مراجعتها لهذه الوسائل من خلال العملية العقلية التي تجريها، بقصد التحقق من هلاعة تلك الوسائل لتحقيق الأغراض المقصودة منها.

ونحن بذلك أمام عمليتين عقليتين تقوم السلطة التشريعية بأولاهما، لتراجعها الجهة القضائية في تقديرها. ولتقرر على ضوء نتيجة هذه المراجعة بطلان أو بقاء القانون.

ومن ثم يقابل اجتهاد المشرع باجتهادها. فإذا تبين لها أن النصوص القانونية التي أقرها غير مناسبة لتحقيق المقاصد المبتغاة منها، فإنها لا تكفي بإبطالها، وإنما تحدد أحيانا فهمها للصورة التي ينبغي أن تكون عليها، وإن كانت الكلمة النهائية في ذلك للمشرع بعد أن يعيد النظر في تلك النصوص التي أبطلتها الجهة القضائية<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم تبدو نظرية الخطأ الظاهر، كحوار بين البرلمان والجهة القضائية من أجل الوصول إلى أفضل الوسائل ضمانا للحقوق الدستورية، وأكملها لتحقيق المصلحة التي تتوخاها النصوص القانونية التي أقرها. وهو حوار لا يتم في الخفاء، وإنما بصورة علنية يشارك كثيرون فيها - ومن

(١) وشبهه بذلك الرقابة التي تفرضها محكمة الفحص على قضاء محكمة الموضوع، ذلك أنه بالرغم مما تنولمه هذه المحكمة من أنها لا ترافق تحصيل قاضي الموضوع للواقع، إلا أنها تشترط لذلك أن يكون تقديره في ذلك سابقا. وهي بذلك تعيد النظر في العملية العقلية التي يقوم بها قاضي الموضوع وتسانف تقييمها، فكأنها ترافق كيفية تحصيله للواقع، وما إذا كان هذا الواقع مستندا من أصول تنتج عنه ونعني إليه عملا.

(٢) C. ٩٣- 326 D.C., 11 aout. 1983, R.p. 217.

بينهم وسائل الإعلام والفقهاء - حتى يكون تقييم الجهة القضائية للموضوع المطروح عليها، قريباً قدر الإمكان من حكم الدستور.

والذين يدافعون عن هذه النظرية يقولون بأن مجال تطبيقها ينحصر في الخطأ الظاهر لتترك للمشروع سلطة التقدير كاملة فيما عداه، كالخطأ البسيط المغتفر، فلا تبطل الجهة القضائية بتقسيم الدوائر الانتخابية لمجرد أنه لم يصل إلى حد الكمال، ولكنها تقرر فقط مخالفته للدستور، إذا كان مشوباً بخطأ جسيم<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بغموض أو وضوح النصوص القانونية التي تراجعها الجهة القضائية لتقرر صحتها أو بطلانها. ولكنها تتناول كافة النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية، ولما كان موضوعها.

وتتعلق هذه النظرية كذلك -في حقيقتها- بالبدائل التي اختارها المشرع. والجهة القضائية هي التي تقرر ما يكون ملائماً أو ظاهر الخطأ منها، وذلك وفق معاييرها التي تستخلصها بنفسها.

بيد أن الناقدين لتلك النظرية يقولون بأن الجهة القضائية لا تعقم نفسها فقط في تقدير المشرع، ولكنها تبسط رقابتها كذلك على سلطة التقرير التي يملكها، والتي يستحيل فصلها عن سلطة التقدير *L'acte de decider n'est pas détachable de l'acte d'apprécier*، وأن نظرية الخطأ الظاهر تفترض أن توازن الجهة القضائية بين البدائل التي اختارها المشرع، وأن ترجح اجتهداها على اجتهداده؛ وأنها تميز كذلك بين أخطاء جسيمة لا يجوز أن يقع المشرع فيها؛ وأخطاء نافهة يجوز التجاوز عنها، بما يصم أحكامها بالنزعة الشخصية المجانبة لموضوعية التقييم، لأنها هي التي تقدر ما إذا كان خطأ المشرع لا تبصر فيه، أم كان واقعاً في حدود الاعتدال.

فضلاً عن أن نظرية الخطأ الظاهر هي في حقيقتها إيدال لإرادة المشرع بإرادة جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك أن المشرع لا يقر قانوناً إلا على ضوء تحليل يجريه لكل واقعة يتصل القانون بها. فلا يكون القانون إلا تقديراً لحدود هذه الواقعة، واختياراً للقاعدة القانونية التي تناسبها. فإذا قيل بأن هذا التقدير والاختيار شابهما خطأ ظاهراً؛ كان ذلك استغنافاً بالموازنة

(١) C. C. 86- 218 D.C., 18 nov. 1986, R.p. 167.

والترجيح لقرار سابق صدر عن السلطة التشريعية التي تختص بتنظيم الحقوق جميعا بحكم ولأيتها الشاملة.

على أن نظرية الخطأ الظاهر المعمول بها في بعض الدول الأوروبية كفرنسا، وكذلك في الدول التي تنقل عنها نظمها الدستورية -وإيا كان وجه المطاعن الموجهة إليها- لها ما يقابلها في دول القانون العام التي يقرر قضائها أن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، تقتضى ارتباطها عقلا بأهدافها. فإذا لم تكن صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها؛ أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور<sup>(١)</sup>.

وهذا المعيار الأخير أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك إن هذه النظرية تقتضى التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، بالرغم من انتقاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعاً لدرجتها. ولا كذلك المعيار المعمول به في دول القانون العام. ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص، وأهدافها. وهي علاقة غائبة تقييد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

٢٩٦- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوياً على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا أو الحقوق التي كفلها لفئة دون غيرها؛ إلا اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية -التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً- عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقياً، وليس واهياً أو واهياً بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً.

Classification is inherent in Legislation in that legislators may select different persons or groups for different treatment. However, The State may not rely on a classification whose relationship to an asserted goal is so attenuated as to render the distinction arbitrary or irrational.

(١) تأخذ المحكمة الدستورية العليا بالفكرة القائلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض معينة. فإذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، أو كانت هذه النصوص كوسائل انتهاكاً للمشرع لتحقيق أغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور.



وأساس ذلك، أن كل تنظيم شرعي يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التي تبناها سبيلاً إليها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكيمياً<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ لسنة ١٦٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة. وانظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ٩ - ص ١٨٢ من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٤ من الجزء السابع.

### الفصل السادس عشر

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين

##### بين توسيعها وتضييقها

##### المبحث الأول

##### مضمون الحماية الحقيقية للدستور

٢٩٧- لا تكفل الحماية الحقيقية للدستور، إلا الدول التي تنتظر إليه كوثيقة هي الأعلى درجة في حرمتها، والأكثر قوة في قيمتها القانونية، والأحق بالحماية بالنظر إلى أهميتها واتصالها بقيم الجماعة وثوابتها. وحتى فيما بين هذه الدول، لم يكن ثمة اتفاق على وسائل حماية الدستور، فمنها -كـبعض الدول الأوروبية- ما يفضل الوسائل السياسية على القضائية. ومنها -كالتجربة الأمريكية وبعض دول القانون العام- ما ينحاز إلى الوسائل القضائية التي تتسم بفاعليتها، ومناهضتها ادعاء السلطة التشريعية بأن ما تقره من القوانين، هو تعبير منها عن السيادة الشعبية التي لا يجوز لهيئة قضائية أن تناقشها في كيفية مباشرتها لها؛ وبأن موقفها من الدستور يجعلها الحارس الأعلى لأحكامه.

ولم يكن هذا التباين في وسائل حماية الدستور، إلا ثمرة تطور تاريخي لا يعني أن نتعقبه، حتى وإن صح القول بأن فكرة الرقابة على الدستورية كان لها جذورها في إنجلترا إبان القرن السادس عشر. ذلك أن الحكم الصادر في قضية واحدة، وإن جاز اعتباره سابقة قضائية؛ إلا أن كل سابقة لا تكل بذاتها على استقرار القاعدة التي أرسنها، ما لم يكن قد اطرده العمل بسها، على ضوء من الاقتناع بضرورة النزول عليها.

٢٩٨- وأيا كان شأن الجذور التاريخية للرقابة القضائية على الدستورية، فإن التجربة الأمريكية كان لها فضل إلهام دول كثيرة بأهميتها وحيويتها، خاصة ما تتسم به هذه التجربة من خصائص بالغة الأهمية:

أولها: أنها لا تقتصر رقابة الدستورية على محكمة وحيدة تنفرد بها، ولكنها تعهد بسها إلى المحاكم جميعها بما يشاركها كافة في مباشرتها.

ثانيها: أن محل هذه الرقابة لا يقتصر على القوانين بمعنى الكلمة، وإنما يتسع ليشمل غيرها من الأعمال التي تتلون بلون السلطة Under the color of the State وتتبع بردها.

ثالثها: أنها رقابة عرضية لا تثار إلا في شأن خصومة قضائية قائمة يرتبط الفصل فيها بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها.

رابعها: أن الحكم الصادر فيها لا يتعلق بغير أطرافها.

والرقابة التي نركز عليها هي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سواء كان مطلبها قانونا قبل إصداره، أم قانونا بعد دخوله مرحلة التنفيذ. ولا شأن لنا بالتالي بالمراجعة القضائية للقرارات الإدارية الفردية، والتي تباشرها السلطة القضائية حتى في الدول التي تظلمها مجموعة من القواعد الدستورية بالمعنى المادي، لا الشكلى، ولا يوجد فيها بالتالى دستور مدون جامد متكاما هو الأمر فى المملكة المتحدة.

٢٩٩- كذلك تباشر بعض الدول كإسرائيل، رقابة قضائية على الشرعية الدستورية، بغير

وجود دستور Judicial review sans Constitution.

ولم تحظ الرقابة القضائية على الدستورية بدور هام أو بدور ما، في النظم السلطوية، ولا في النظم القانونية التي تتمحور حول الاشتراكية. ولكن دورها كان أكثر فاعلية في الدول التي تأثرت بالتجربة الأمريكية كالفلين واليابان ودول أمريكا اللاتينية. ثم ظهر اتجاه آخر فى بعض من الدول الأوروبية الغربية بعد الحرب العالمية الثانية، تمثل في حلول الرقابة المركزية القضائية على الشرعية الدستورية محل الرقابة اللامركزية التي تتولاها المحاكم جميعها؛ وفي إبدال الحجية النسبية للحكم الصادر في المسائل الدستورية، بالحجية المطلقة؛ وفي رقابة مجردة لا شأن لها بمضار ألحقها القانون المطعون فيه بالمخاطبين بأحكامه.

وكان للنمسا فضل السبق فى الرقابة المركزية القضائية، وإن حذتها إيطاليا وجمهورية ألمانيا الغربية وفرنسا وتركيا وأسبانيا والبرتغال ويوغوسلافيا وبولونيا، مما أكد انضمام الدول الأوروبية الغربية -في أغلبها- إلى هذا النوع من الرقابة على الشرعية الدستورية، لتتولى مسئوليتها. واليوم ليس ثمة نزاع حقيقى حول ضرورة هذه الرقابة أو أهميتها، أو مباشرتها عن طريق هيئة قضائية قائمة بذاتها تستقل فى مباشرة وظيفتها، عن أفرع الدولة جميعها.

وحتى في فرنسا التي لم تكن التربة فيها مهيأة للرقابة على الدستورية بالنظر إلى مسطرة البرلمان ومركزه في كل من الجمهوريتين الثالثة والرابعة؛ فإن مجلس الدولة بها ظهر كقوة لها وزنها وحسابها تتناول الفصل في مشروعية نشاط الإدارة، وحل مشكلاتها، حتى تلك التي تقبوم على أساس من الدستور. ثم حدث عام ١٩٥٨ تطور هام في فرنسا نجم عن إنشائها مجلسا دستوريا يتولى مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، في إطار اختصاص محدود نص عليه دستور ١٩٥٨، الذي آمن واضعوه بضرورة إيلاء اعتبار خاص للبرلمان، ورفض كل أشكال الرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد العمل بها(١).

وقد انتقل نظام هذا المجلس من فرنسا إلى كثير من الدول الإفريقية الفرنكوفونية -كالمغرب وتونس والجزائر وموريتانيا وبينين- مما حدا ببعض إلى التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي يمثل صورة ثالثة من صور الرقابة على الدستورية تقوم إلى جوار كل من التجربة الأمريكية والمحكمة الدستورية الخاصة، القائمة في بعض الدول الأوروبية لتباشر رقابة قمعية Repressif لا رقابة وقائية Preventif.

بيد أن النظرة التحليلية الأعمق، تدل على أن صور الرقابة على الشرعية الدستورية، بجمعها أنها رقابة قضائية تتردد بين نظامين مختلفين: هما نظام الرقابة القضائية اللامركزية في الدول الانجلوسكسونية؛ ونظام الرقابة المركزية القائم في بعض الدول الأوروبية؛ وأن النظامين يدوران حول نوع من المراجعة القضائية تتولاها هيئة قضائية لا تتفصل عن طريقة تكوينها، ولا عن كيفية مباشرتها لوظيفتها، ولا عن الأوضاع التي أنبتتها Les conditions de l'environnement. وذلك أيا كان التنظيم الإجرائي الخاص بها، أو قواعد اختيار قضاتها. خاصة وأن تطبيق هذه الهيئة القضائية للدستور يتم -لا بطريقة آلية- وإنما من خلال عملية خلق تفسيرية L'interprétation créatrice يذكها أن نصوص الدستور تنسم في الأعم بالغموض والاتساع، ولا يتصور بالتالي تحديد مفاهيم هذه النصوص بغير ربطها بنظام القيم Systeme de valeurs التي تستخلصها الهيئة القضائية بنفسها كي تتحدد لكل قاعدة نص الدستور عليها، مضمونها الحق. Le contenu réel.

(١) بسمي دستور ١٩٥٨ في فرنسا دستور الجمهورية الخامسة

ومن ثم تتحول عملية تطبيق الدستور -لا إلى صورة جامدة لا حياة فيها- بل إلى أداة خلق لقواعد جديدة، أو تطوير لقواعد قائمة بما يجعل فهم القضاء للدستور، هو الدستور Constitution de juge ويكفل صهر أحكامه في نطاق الحقائق المتغيرة التي تعاصر تطبيقها، والتي لها من قوة تأثيرها وعمق حركتها Realités mouvantes ما يجعل معاشتها ضرورة لا مفر منها، حتى لا يكون تطبيق الدستور عقيما أو رجعيًا أو نمطيًا، بل واقعا في إطار القيم الدستورية المتجددة روافدها، لتحيط بفروع القانون جميعها، وبالحياة السياسية من كل أقطارها. فلا تتوهج بمؤر الصراع السياسي بما يؤذن بإفلاتها، وإنما تطفئها الهيئة القضائية من خلال الحلول القضائية التي تفرضها Juridicier la politique.

وتلك هي وظيفة الحكم بين مراكز الصراع وقواه المختلفة، تباشرها الهيئة القضائية بما لا يوقعها في مزالق السياسة ودروبها الخطرة، وبما لا يقوض استقلالها، أو يخرج بها عن حدود ولايتها؛ لتظل الوظيفة القضائية قيда على نشاطها. فلا تفصل في غير خصومة قضائية، ولا في خصومة قضائية لم تنتهيا أساليبها.

فالخصومة القضائية هي مدار ولايتها، ومدخلها. ولئن كان الفصل فيها يلزمها بأن تحيط بالأوضاع السياسية المعاصرة حتى تنتهيمها، وتقدر أثرها على النصوص القانونية المطعون عليها؛ إلا أن إدراكها لهذه الأوضاع، لا يعنى الاندماج فيها لتخرج أحكامها القضائية من رحمها، وكأنها من نبثها.

ولا كذلك أن يكون للهيئة القضائية دور نشط تطرح بمقتضاه -ومن خلال الخصومة القضائية- حلا قضائيا لكل نزاع معروض عليها، أيا كان موضوع أو نطاق هذا النزاع أو من يكون طرفا فيه، ولو تلون في صورة سياسية تشمل كل أبعده.

وفى هذا الإطار، نشأ اقتناع عام بأهمية الرقابة القضائية على الدستورية؛ وبضرورة أن يتوافر للهيئة التي تتولاها مركز خاص يكسبها قوة في مواجهة نظم الدولة وسلطاتها المختلفة التي كثيرا ما تلجأ إلى المناورة، وإلى الخداع أحيانا لإيهام المواطنين بأنها تعمل لصالحهم.

فلا تكون امتيازاتها قرين مسؤوليتها قبل مواطنيها، ولا تعبرا عن وسائلها لتحقيق الخير العام لشعبها. وإنما احتفاء من جهتها بعناصر تعميق نفوذها، حتى تزداد به صلابة ومنعة. وهو

ما لا يجوز. ذلك أن الشرعية الدستورية وحدها هي التي تؤسس سلطاتها، وتحدد طرائق مباشرتها، وتكفل اتصالها بالوفاق بمواطنيتها.

وهذه للشرعية هي التي ترسيها الهيئة القضائية وتعرضها من خلال أحكامها، لتقوم بها عناصر بنيان دولة القانون التي لا تتفصل السلطة التشريعية عنها. إذ هي ولقعة بالضرورة في إطار قاعدة الخضوع للقانون -والدستور في ذراه- وإن يجديها بالتألي الاحتجاج بالسيادة البرلمانية التي لا يجوز لها أن تبأشرها إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، والتي فرضتها عليها السلطة التي أسستها؛ ولا يجزيها إلا أن تصدر تشريعاتها وفق الضوابط التي رسمتها لها هذه السلطة التأسيسية.

ولم يعد مقبولا أن تترك الدولة إلى حاجتها إلى الاستقرار كي تقوض الهيئة التي تتولى مراجعة القوانين فصلا في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور؛ ولا أن تعطل على إضعافها؛ ولا أن تعطل تنفيذ أحكامها؛ ولا أن تتدخل في شئونها ولو بطريق غير مباشر؛ ولا أن تثير ضدها وسائل الأعلام التي تملكها؛ ولا أن تنظر إليها كعقبة تعطل حركتها.

وإذا جاز لها أن تعرض بعض القيود على نشاط هذه الهيئة القضائية، فذلك من أجل تنظيمها، وفي الحدود المنطقية التي تكفل فعالية دورها، وبما لا يضيق من ولايتها إلى حد كبير<sup>(١)</sup>. ويتعين بوجه خاص أن يظل استقلالها وحيدتها كاملين، فلا يكون قضائها تابعين لها بوجه أو بأخر.

ولم تكن عودة الديمقراطية إلى بعض الدول الأوروبية كالتبرتغال واليونان، غير إلهذان بانفتاح طريقها إلى الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، التي هي اليوم التطور الأهم في أكثر دول الجماعة الأوروبية، على تقدير أن هذه الرقابة هي التي تكفل سيادة الدستور، وإن ظل مبدأ السيادة البرلمانية أصلا في بعض الدول، كالمملكة المتحدة وهولندا ولكسمبرج.

(١) وفقا للنموذج الأمريكي تخرج المسائل السياسية من نطاق المسائل التي يحور الفصل قضائيا فيها، وهو ما تعارضه محاكم الدول الأوروبية التي تختص بالنظر في كل حصومه نسوره ؛ كانت طسعة المسائل التي تطرحها.

٣٠٠- وإذ كان من المقرر أن الرقابة القضائية على النصوص القانونية، فصلا في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، هي التي تكفل علوه على هذه النصوص؛ إلا أن الدساتير المختلفة لم تتفق فيما بينها على نموذج موحد لهذه الرقابة، ليس فقط في طرائقها، وإنما كذلك في نطاقها. ذلك أن المراجعة القضائية لدستورية القوانين لها أوصافها التي تتردد بين رقابة قضائية سابقة محلها القوانين قبل صدورها. وهذه قد تكون وجوبية أو جوازية؛ ورقابة قضائية لاحقة ينحصر نطاقها في النصوص القانونية بعد العمل بها؛ ورقابة قضائية مجردة محلها كذلك القوانين القائمة، وإن كان طريق الطعن فيها لا ينفذ أصلا إلا لجهات بذواتها ليس لها مصلحة شخصية في الطعن عليها.

### المبحث الثاني

#### المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق.

٣٠١- ويبدو مما تقدم، أن المراجعة القضائية للقوانين هي وسيلة تقييمها للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للدستور. ليكون إبطالها جزءا خروجها على أحكامه، وضمان علوه عليها. ولا تزال بعض الدول تتنازع فيها حتى اليوم بالرغم من قبولها الطعن في قراراتها التنظيمية بمجاوزة السلطة *Recours pour excès du pouvoir* سواء أمام محاكم إدارية تستقل بتشكيلها وباختصاصها عن محاكم القانون العام، أم تعمل كدائرة داخل محيط هذه المحاكم وفي إطار تشكيلاتها.

وكان من المفترض أن يقرن قبولها بالمراجعة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية -المادية منها والإدارية- برقابة تكملها للقوانين التي نصنرها السلطة التشريعية لضمان خضوع أعمال السلطين التنفيذية والتشريعية للقانون، والدستور في أعلى مدارجه.

ولكنها رفضتها قولا منها بأن السيادة الشعبية التي يملكها البرلمان، لا تجوز مناقشتها. وهي حجة مقتضاها أن يظل القانون نافذا ولو كان مخالفا للدستور، ولازمها أن الدستور لا يعتبر قانونا أساسيا، بل في مرتبة موازية للقانون أو أدنى من القانون.

ولم يكن تدرعها بمفهوم السيادة الشعبية غير قناع يخفي مخاوفها من أن تتبوأ الهيئة التي تباشر الرقابة على دستورية القوانين، مكانة تعلوها على سلطتها، ومركزا تتفوق به عليها بما يخل بالركائز التي يقوم عليها نظام الحكم فيها؛ ويمنعها من إحكام قبضتها على مواطنيها الذين يختلفون فيما بينهم في التقاليد التي ورثوها، وكذلك في أنماط ثقافتهم التي تلقوها، ويسمون كذلك بتباين أجناسهم، وتفرق مذاهبهم وقيمهم. فلا تسيطرها على مقاليد الأمور بها من خلال نظم مدنية في طبيعتها<sup>(١)</sup>.

كذلك كان ضمور أحزابها أو اختفاؤها، تعبيرا عن تضائل دورها في توجيه الحياة السياسية أو التأثير فيها. وعجز مواطنيها كذلك عن تأسيس دستور يكفل لحقوقهم إطارا ملائما، وعلى الأخص من خلال صون حقهم في الاقتراع الحر. ولم تكن هذه الدول -وتلك هي الأوضاع

(١) يعتبر العامل الأكبر في نيجيريا في تقييد الدستورية بها، هو تدخل العسكريين في أعمال الحكومة.



التي تحيط بها- بتعليم أبنائها القيم الديمقراطية، ولا يحضهم عليها. ذلك أن ما كان يعنيها، هو أن تعلموا إرادتها فوق القانون.

بيد أن الإيمان بالديموقراطية بوصفها هدفا مشتركا بين الشعوب جميعها -وبغض النظر عن فوارقها الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية- جعل من الديمقراطية -بما تقوم عليه من الحرية، والمساواة، والشفافية، والمسئولية، مع احترام تعدد الآراء- مثلا أعلى وأسلوبا للحكم ينبغي تطبيقه وفق المعايير المسلم بها دوليا.

وصارت الديمقراطية -بأسلاكها المختلفة وخبراتها المتعددة- الطريق إلى صون كرامة الفرد وضمان حقوقه الأساسية؛ وإلى تحقيق العدالة الاجتماعية ودعم التنمية الاقتصادية؛ وإلى تأمين تلاحم المواطنين وتماسكهم؛ وإلى التناقص -في إطار سياسة مفتوحة حرة وعريضة ودون تمييز- من أجل الوصول إلى السلطة، وممارستها، وتداولها في إطار مبدأ الخضوع للقانون.

وكان للديموقراطية كذلك أثر هام في توكيد أهمية الحقوق المدنية والسياسية، وأخصها الحق في الاقتراع الحر، وفي الاجتماع، والحصول على كل المعلومات، وفي تكوين الأحزاب السياسية وتنظيم نشاطها وشئون تمويلها ومبادئها الخلقية، فلا تتحكم فيها أهواؤها، ولا تمايز بين الراغبين في الانضمام إليها بالنظر إلى أعراقهم أو أصلهم، أو مركزهم الاجتماعي أو توجهاتهم أو ثروتهم، أو لغير ذلك من الأغراض غير المفهومة أو غير المنطقية.

ولم يعد الحكم الديمقراطي مجرد مفاهيم فلسفية يدعو الناس لها ويروجون للقبول بها، وإنما صار أسلوبا عمليا للحياة العامة على تباين مستوياتها؛ كاقلا إسهام المواطنين في شئونها بصورة فعلية، ودون ما عوائق تعطل حركتهم أو تعيقها، أو تمنعهم من اختيار البدائل بصورة حقيقية، أو تعزز أوجه الخلل الاجتماعي؛ أو تخل بالمساواة؛ أو بالحق في التعليم؛ أو بوجود آلية قضائية لها من استقلالها وحيديتها وفعاليتها ما يكتل سيادة القانون، وهي مدخل هام لتحقيق الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك الإعلان العالمي للديموقراطية الذي أقره -بغير تصويت- مجلس الاتحاد البرلماني الدولي في دورته الحادية والستين بعد المائة بمدينة القاهرة في ١٦/٩/١٩٩٧.

وحقق ذلك تغييراً واضحاً في مفاهيم المراجعة القضائية، فلم تعد صورة مظهرية محدود أثرها؛ ولا خطوة متعثرة في مناهجها ووسائلها؛ ولا غير متكاملة في عناصرها، أو غير محايدة في خصائصها؛ وإن كانت هذه المراجعة وثيدة في حركتها ومتردة في جسمها في الدول الشمولية والدول حديثة العهد بالاستقلال التي كان تركيزها على النظام فيها أكثر من اهتمامها بحقوق المواطنين وحرياتهم، وحرصها على فرض كلمتها أكثر من إيمانها بالخضوع للقانون، وقدرتها على حمل شعوبها على السكون والازواء، أكبر من قدرتهم على التظاهر والاحتجاج والمصيان<sup>(١)</sup>.

بيد أن اتساع المفاهيم الديمقراطية وانتقالها عبر الحواجز الإقليمية على اختلافها في إطار حيدة المعلومات وتعدددها، والتماسها من كافة مصادرها، ونشرها من خلال وسائل الإعلام على اختلافها، أنن بأفول قبضة الدولة على مواطنيها؛ وأقام من الجماهير -ببقيتها وتماسكها وعمق وعيها- قوة لها وزنها في الدفاع عن الدستور والقانون من خلال آلية قضائية تتكامل حلقاتها التي وصل التطور الراهن بها إلى تقرير صور من المراجعة القضائية على دستورية القوانين، لا تصل جميعها إلى حد الكمال.

فمن الهيئة السياسية التي تتولى هذه المراجعة إلى الهيئة المختلط تكوينها؛ ومن الرقابة المحدودة، إلى الرقابة الأكثر شمولاً؛ ومن الرقابة القضائية الشكلية، إلى الرقابة القضائية الحقيقية التي تطور الدستور وتغير معانيه.

وفي هذا الإطار، لم يكن إسهاد عمليه «مراجعة القضائية على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية صرفه، عملاً مقبولاً ولا مفيداً. ذلك أن تكوينها الداخلي، وتبعيتها للجهة التي أحدثتها، يقوضان استقلالها. فضلاً عما هو مقرر من أن الدساتير غير نافذة بذاتها، ولا تدون نفسها بنفسها تنضهر من فراغ Neither self-enacting, nor self-executing.

(١) تمر لمدة ٣٥ من دستور ١٧٩٣ الفرنسي على أن التمرد على الحكومة التي تنتهك حقوق الشعب، يكون واجب على الجماهير وكذلك على كل قطاع منها. ويعتبر هذا التمرد أكثر حقوق الجماهير أهمية وأجابتها التي لا يجوز التغريط فيها Le plus sacré des droits, et le plus indispensable des devoirs.

وكلمة القانون لا ينطق بها علانية، وفي حرية كاملة، غير قاض. ولا كذلك الهيئة السياسية التي تقصر رقابتها عن أن تحقق الآمال المعقودة عليها، ولو كان تشكيلها يزواج بين رجال السياسة والقانون.

ذلك أن الدستور حتى في هذه الصورة، كثيرا ما يضيق من نطاق ولايتها، وتحيطها أجواء سياسية لها موازينها التي تقلل من دورها، خاصة في الدول حديثة العهد بالاستقلال أو الدول التي كانت تتشدد - لأسباب تاريخية - في رفض كل أشكال المراجعة الدستورية للقوانين، كفرنسا<sup>(١)</sup>.

بيد أن ما يلاحظ، أن الهيئات التي تتولى المراجعة القضائية لدستورية القوانين، كثيرا ما تطور من ولايتها بما يحقق الخضوع للقانون بدرجة أكبر. ولا تقع بالتالي داخل الحدود الطبيعية لولايتها. وهو ما فعله المجلس الدستوري الفرنسي الذي تحول إلى قوة حقيقة لها شأنها داخل النظام القانوني في فرنسا

إذ كان ينظر إلى هذا المجلس في مبدأ نشأته كأداة سياسية أو كضراع للحكومة لاحتواء البرلمان. ثم صار على مراحل تطوره، هيئة قضائية حقيقية لا يعنها أكثر من أن تحقق سيادة الدستور في إطار منظومة قانونية تتوافق عناصرها ولا تتنافر.

ويبدل التطور الراهن للرقابة القضائية على الدستورية، على تفضيل الهيئة القضائية المركزية على محكمة أعلى داخل محاكم القانون العام. وهو ما نراه في بعض الدول كألمانيا والنمسا وأسبانيا وإيطاليا والبرتغال ومصر، مع تفاوت هذه الدول في كيفية تشكيلها لهذه الهيئة القضائية المركزية، وتحديد نطاق ولايتها سواء بتقويتها أو إضعافها.

ولا تزال الدول النامية في أكثرها نابذة للرقابة القضائية على الدستورية، معاناة عدم جدواها. بل إنها تحرص على إجهاض كل محاولة لبعثها حتى تطلق يدها في كل الشئون.

وقد تأخذ بأشكال ضيقة لهذه الرقابة تقصرها على القوانين قبل إصدارها؛ وترفض بها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي تخول كل مواطن الحق فيها، ولو لم يكن طرفا في نزاع قائم

( ) كان ينظر إلى المجلس الدستوري الفرنسي في السوات الأولى لإنشائه كجهة مختلطة. ذلك أن تشكيله كان يعطيه ملامح سياسية وقانونية.

تطبيق فيه أمام محكمة الموضوع النصوص القانونية التي يدعى مخالفتها للدستور. وإنما يواجهه المواطن مباشرة هذه النصوص، ويجرحها، ولو كان من غير المخاطبين بها أو لم يكن قد أضير من تطبيقها.

وصور التضييق هذه على اختلافها، يبررها حذر بعض الدول وتخوفها من الآثار التي تحدثها المراجعة القضائية لدستورية القوانين على العلائق القانونية التي تسمها.

وقد يتعلق التضييق تارة بنوع القوانين محل المراجعة القضائية، وطورا بطرائق هذه المراجعة مثلما هو الحال في فرنسا التي 'تخرج القوانين التي توافق عليها الجماهير في استفتاء من نطاق الرقابة القضائية. وتقبل في حدود ضيقة مراقبة دستورية القوانين التي تعدل للدستور، وترفض -كأصل عام- فرض هذه الرقابة على القوانين بعد صدورها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

### الفصل السابع عشر

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية

#### Le lois référendaires

#### المبحث الأول

#### حظر هذه الرقابة في فرنسا

٣٠٢- اطرد قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على إخراج هذه القوانين من نطاق ولايته، ولو كان موضوعها مما احتجز الدستور تنظيمه للقوانين العضوية، أو كان هذا الموضوع قد تناول مسائل لم ينص الدستور على إجراء استفتاء فيها<sup>(١)</sup>.

ويؤسس المجلس استبعاده لهذه القوانين من نطاق ولايته، على حجة حاصلها أن القوانين التي يفصل في دستورتها هي فقط تلك التي وافق البرلمان عليها من خلال الاقتراع على أحكامها، وأن ولايته -محددة على هذا النحو- لا شأن لها بالقوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام، إذ هي تعبير مباشر عن السيادة الشعبية<sup>(٢)</sup>.

وهي حجة غير مفهومة. ذلك أن نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي يخول هذا المجلس، الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين العضوية وجوبا، والقوانين العادية بصفة جوازية. ولا يستبعد بالتالي صراحة من نطاق رقابته، القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء. إلا أن المجلس أخرجها من ولايته تأسيسا على أن روح الدستور تقتضي حصر هذه الولاية في القوانين التي اقترح البرلمان عليها وأقرها، وأن اختصاص المجلس كمُنظَم لنشاط كل سلطة في الدولة، مؤداه ألا تشمل ولايته التحقق من دستورية القوانين التي تعبر بصورة مباشرة عن السيادة الشعبية<sup>(٣)</sup>.

وفي ذلك يقول المجلس<sup>(٤)</sup>:

S'il est vrai que l'article 61 de la constitution ne précise pas si les lois- organiques ou ordinaires- qui doivent ou peuvent être déférées au conseil constitutionnel, comprennent ou non les lois adoptées par référendum, il résulte de l'esprit de constitution

(١) François Luchaire, la Constitution de la République Française, 2e édition, Economica, PP. 1107-1109.

(٢) C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D.C. 23 sep. 1992, R.p. 94.

(٣) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٤) C. C. 25 oct. 1988, R. p. 191; C.C. 23 des. 1960 R.P. 67, C.C. 3 avril 1962, R.P. 63.

que la compétence du conseil constitutionnel est limitée à celle qui ont été votées par le parlement. Le conseil constitutionnel est un organe régulateur de l'activité des pouvoirs public. sa mission ne saurait comporter la vérification de lois qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale..

ثم عدل المجلس بعد ذلك عن الإشارة لروح الدستور كسند لعدم اشمال ولايته على الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية، وصار يكتفى بإخراجها من اختصاصه تأسيسا على أنها تعبير مباشر عن الميادة الشعبية.

٣٠٣- وفيما تعلق بعملية الاستفتاء في ذاتها، ليس ثمة مراجعة قضائية في فرنسا لمرسوم دعوة الناخبين إلى الاستفتاء، ولا لقرار رفض اللجوء إلى الاستفتاء، ولا للأعمال السابقة على الاستفتاء، والتي لا يزيد دور المجلس الدستوري الفرنسي بشأنها عن مجرد إبداء وجهة نظره حين يؤخذ رأيه فيها.

ولكن المجلس يستعيد سلطته القضائية بعد تمام الاستفتاء *A posteriori* إذا قدم طعن إليه في نتيجته أو في الطريقة التي تم بها<sup>(١)</sup>. Le déroulement des operations referendaire .

والأصل أن تحيل الحكومة إلى المجلس مشروع المرسوم الخاص بتنظيم عملية الاستفتاء، وأن ترفق به كذلك نص مشروع القانون الذي سي طرح على هيئة الناخبين لاستفتاءها فيه. وفي هذه المرحلة، لا يباشر المجلس غير سلطة استشارية يفصح بها عن رأيه فيما إذا كان التنظيم الخاص بعملية الاستفتاء، وكذلك مشروع القانون المرفق به، موافقين أو مخالفين للدستور.

فإذا أبان عن مخالفتها أو أحدهما للدستور، فإن إصرار الحكومة على المضي في الاستفتاء، يدعو إلى أن يخطر بباله أن يراقبه أو يعلن نتيجته. وهو ما يمثل رادعا نفسيا للسلطة المخالفة بتصرفاتها للدستور. وعليه أن ينقل كذلك خطابه في ذلك إلى الرأي العام، وأن يبصره بكل خلل في العملية الاستثنائية حتى لا تقدم السلطة عليها أو تقربها<sup>(٢)</sup>. وعلى الأخص إزاء ما تنص عليه المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي من اختصاص المجلس الدستوري لفرنسا بالنظر في قانونية ودستورية العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها.

(١) Decision no 78-96 D.C du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٢) Français luhaire. Commentaire a l'article 60 de la constitution. "La constitution de la Republic Française. 2e edition Economica. pp 1107- 1109

#### ٣٠٤- ويتعين بالتالى التمييز بين مراحل ثلاث فى العملية الاستفتاءية:

أولاًها: مرحلة ما قبل الاستفتاء. وتتخصر سلطة المجلس بشأنها فى مجرد إبداء آراء استشارية فى شأن مطابقة أو مخالفة التتخيم الخاص بها للدستور.

ثانيتهما: مرحلة جريان الاستفتاء. وهذه يراقبها المجلس وييسط إشرافه عليها عن طريق مفوضين يتم اختيارهم بالاتفاق مع الحكومة، من بين أعضاء السلطة القضائية.

وثالثها: مرحلة ما بعد الاستفتاء، وفيها يفصل المجلس بصفة نهائية فى الطعون التى تقدم بشأنها ويعلن نتائجها. فإذا تبين له عدم انتظامها، فإما أن يبقى عليها، أو يبطلها كلية أو بصفة جزئية.

ولا يجوز بالتالى أن يفصل المجلس فى قرار أو إجراء تم فى المرحلة التحضيرية لعملية الاستفتاء *Mesure Préparatoire*، وهو ما يراه بعض الفقهاء محل نظر<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الطعون الموجهة إلى نتيجة الاستفتاء والتى يختص المجلس بالفصل فيها، قد يكون سببها اختلال الاستفتاء فى مراحل التحضيرية.

وإذا كان المجلس لا يفصل فى غير الطعون التى تقدم إليه بعذ تمام الاستفتاء، إلا أن الطعون التى تؤسس على الخلل فى الأعمال التحضيرية السابقة على إجراء الاستفتاء، ترتبط كذلك بدوران عملية الاستفتاء *Le déroulement des opérations référendaires* وتأثيرها فى نتائجها التى يختص المجلس بإعلانها<sup>(٢)</sup>.

(١) Francois Luchaire, Op. Cit. pp. 1108 - 1109.

(٢) يقول Luchaire فى ص ١١٠٨ من المرجع السابق بأنه حتى مع التسليم بوجهة نظر المجلس الدستورى فى شأن عدم حوار حصوع القوانين الاستفتاءية لرقابته، فإن اللوائح التى تخرج عن مجال هذه الرقابة هى التى يتفق بصور الاستفتاء التى حددها الدستور.

## المطلب الأول

### الرافضون للفصل في دستورية القوانين الإستثنائية

٣٠٥- وتثير القوانين التي قبلتها الجماهير في استفتاء عام، مشكلة بالغة الأهمية تتعلق بما إذا كان رفض الفصل في دستوريته، يعتبر مقبولا وفق أحكام الدستور، إذ تنقسم الآراء في ذلك إلى اتجاهين متعارضين.

يقرر أولهما: أن قضاء الشرعية الدستورية لا يراقبون إلا القوانين التي تقرها السلطة التشريعية. ولا شأن لهم بالتالي بالقوانين التي تم الاقتراع عليها في استفتاء عام، والتي تعتبر -بالنظر إلى حقيقتها- تعبيرا مباشرا عن السيادة الوطنية<sup>(١)</sup>.

les lois que la constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adopté par le peuple français à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

ويؤيدون رأيهم بالقول بأن المراجعة القضائية للقوانين، غايتها أصلا مواجهة أعمال السلطة التشريعية؛ ومراقبة التنفيذ الأمين لعملية تقسيم السلطة من خلال توزيعها فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين لا تباشران ولاية تنفيذها من نفسيهما، وإنما بتفويض مباشر من الدستور والجماهير. ومن ثم يصير ملائما مراقبة هاتين السلطتين لضمان تقيدهما بالحدود التي فرضها الدستور على اختصاص كل منهما، ولردع انحرافهما فيما إذا جاوزتا إرادة الجماهير، وأغلقتا احترامهما.

ولا كذلك القوانين التي تقتزع الجماهير مباشرة عليها، وتعتبر بها عن إرادتها دون وسيط. خاصة وأن إخضاع القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية التي تمثل بطريق غير مباشر إرادة الجماهير، للرقابة على الدستورية، لازال أمرا مختلفا عليه. فإذا تقرر سحب هذه الرقابة إلى الأعمال التشريعية التي تقرها الجماهير مباشرة بنفسها؛ كان ذلك أكثر إثارة للجدل، لاسيما وأن السيادة الوطنية في الدول الديمقراطية، تقتضي أن تفرض الجماهير إرادتها على الكافة.

(١) C.C.61 - 20, D.C., 6 nov. 1962, R.p.27., C.C. 92 -313 D.C., 23 sep. 1992, R.p.94



### المطلب الثاني

#### المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية

٣٠٦- يقول هؤلاء بأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية، للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية محل نظر من النواحي الآتية:

أولاً: تغليب المعايير الشكلية على الموضوعية. ذلك أن للقانون، سواء صدر بموافقة مباشرة من الجماهير أو من السلطة التشريعية التي تمثلهم بطريق غير مباشر، فإن القانون يتمحض عن قواعد عامة مجردة. ولا شأن لخصائص هذه القواعد أو طبيعتها، بطريقة إقرارها *Leur mode d'adoption*.

ثانياً: ليس من المنطقي التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وبين قوانين أقرتها السلطة التشريعية التي أنابتها الجماهير عنها في التعبير عن إرادتها. ذلك أن مناط هذا التمييز، هو المغايرة بين قوانين تكون تعبيراً مباشراً عن إرادة الجماهير، وقوانين هي في حقيقتها تعبير غير مباشر عن إرادتها.

ثالثاً: أن التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وأخرى أقرتها السلطة التشريعية، مؤداه تقرير نوع من التدرج في طرلق مباشرة السيادة الوطنية، لتكون بعض هذه الطرق أعلى شأنًا من غيرها. وهو ما تنفيه المادة ٣ من الدستور الفرنسي التي تقضي بأن السيادة الوطنية تملكها الجماهير، وأنها تبانها عن طريق ممثليها أو من خلال الاستفتاء<sup>(١)</sup>. بما مؤداه تكافؤ هاتين الطريقتين من طرق مباشرة السيادة الوطنية، وتعادلهما في الدرجة<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: كذلك فلن القول بأن القوانين التي نقرها الجماهير في استفتاء عام من الندره يمكن، بحيث لا يؤثر عدم إخضاعها للرقابة على الدستورية، في جوهر هذه الرقابة التي تواجه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية جميعها في عموم تطبيقاتها؛ مردود بأن الرقابة على الشرعية الدستورية مناطها حقيقة المسائل التي تتناولها. ولا شأن لقلتها أو كثرتها بالحدود التي ينبغي أن

(١) La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentantes et par la voie du référendum.

(٢) Dominique Rousseau. Droit du Contentieux constitutionnel 3e édition. P. 177

تمتد إليها هذه الرقابة وفق صحيح أحكام الدستور، خاصة وأن الاستفتاء لا ينحصر بطبيعته فى مسائل بذاتها، بل يجوز أن يقع على كل موضوع، ولو أقرته الجماهير بالمخالفة للدستور.

خامسا: أن الأصل فى القوانين الاستثنائية، أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية. فإذا لم نجز الطعن عليها بوصفها كذلك، وأجزنا الطعن فى القوانين البرلمانية التى تعدلها<sup>(١)</sup>، لصار من حق البرلمان -هو لا يباشر السيادة الشعبية إلا بطريق غير مباشر- أن ينقض التعبير المباشر لهيئة الناخبين عن هذه السيادة من خلال استفتاء عام تحدد به هيئة الناخبين فى كافة مواقعها، مصير المسائل التى تناولها.

سادسا: أن المراجعة القضائية لم تعد تتوخى مجرد ضمان تقيد كل سلطة بالضوابط التى حدد بها الدستور ولايتها؛ ولكنها تنصرف كذلك إلى صون حقوق المواطنين وحرياتهم التى قد تخل بها القوانين التى ووفق عليها بالاستفتاء، إذا انهم عوار هذه القوانين على هيئة الناخبين.

سابعا: أن المواطنين لا يوافقون على قانون ما فى استفتاء عام، إلا بافترض ضمان هذا القانون لحقوقهم ولحرياتهم. فإذا أخل بها، تعين أن تكون المراجعة القضائية طريق تقويم هذا العوار.

ثامنا: أن رئيس الجمهورية قد يعرض على الجماهير مباشرة نصوص قانون يقدر أن جهة الرقابة على الدستورية قد تبطلها لمخالفتها الدستور. فلا يكون طرحها على المواطنين لاستفتاءهم فيها، إلا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريحها بوصفها التعبير المباشر عن السيادة الوطنية التى لا تجوز مناقشتها.

تاسعا: أن التمييز بين القوانين البرلمانية والقوانين الاستثنائية لإخضاع أولاه دون ثانيتهما للرقابة القضائية على الدستورية، مؤداه أن يصير الاستفتاء طريقا أسهل للعلوية التشريعية Liberté de légiférer وهو كذلك تحييد لقضاء جهة الرقابة على الدستورية Neutraliser la Jurisprudence Constitutionnelle عن طريق إخراج القوانين الاستثنائية من محيط ولايتها.

عاشرا: أن اللجوء إلى الاستفتاء يفترض أن يكون طريقا استثنائيا. فإذا أكثر رئيس الجمهورية من اللجوء إلى هذا الطريق تغاديا للرقابة على الدستورية، دل ذلك على توجهه لإفراغ

(١) C.C. 89- 265 D.C.. 9 Janv. 1990, R.P.12.

الرقابة القضائية على الدستورية من محتواها، خاصة إذا كان القانون الموافق عليه في الاستفتاء، مخالفا للدستور مخالفة مباشرة، كما لو أعاد عقوبة الإعدام التي حظر للدستور فرضها أو نقل أهمية مرفق عامة إلى القطاع الخاص<sup>(١)</sup> أو عطل حق المرأة في إجهاض حملها بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup> La suppression de l' interruption volontaire de grossesse.

### المطلب الثالث

#### موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية

٣٠٧- تقرر المحكمة أن الدستور إذ خول رئيس الجمهورية أن يعرض في استفتاء عام، ما يراه ملائما من المسائل، فإن هذا الترخيص لا يجوز أن يتخذ ذريعة للإخلال بأحكام الدستور. كذلك فإن موافقة الجماهير على قانون طرح عليها في الاستفتاء، لا يرقى بالنصوص التي تضمنها إلى مرتبة نصوص الدستور ذاتها ولا يمنحها قوتها. بل تظل في صحيح تكييفها في ذات مرتبة القانون الذي احتواها، وإلا جاز للقوانين التي أقرتها الجماهير، أن تحل أحكام الدستور ذاتها بغير اتباع القواعد الإجرائية التي تطلبها الدستور لتعديل أحكامه.

ومن ثم تظل القوانين الاستثنائية دون الدستور في درجتها، وتعامل كغيرها من القوانين التي تتحد معها في مدارجها في مجال خضوعها للرقابة على الشرعية الدستورية<sup>(٣)</sup>.

وميزة هذا الاتجاه ضمان سيادة الدستور لتسليط أحكامه على القوانين جميعها سواء في ذلك ما كان منها تعبيرا مباشرا عن السيادة الوطنية؛ أو تعبيرا غير مباشر عنها. خاصة وأن الاستفتاء رخصة استثنائية لرئيس الجمهورية، وهو يتقيد في مباشرتها بالحدود التي نص عليها الدستور، فلا يجوز أن يكون موضوعها منافيا لأحكامه، ولا تتنزع بها لإسقاط نصوص الدستور ذاتها، وإلا كان ذلك تعديلا لها.

فضلا عن أن إخضاع القوانين التي أقرتها الجماهير مباشرة للرقابة على الدستورية، يضيّق من مباشرة رئيس الجمهورية لهذه الرخصة الاستثنائية، فلا يلجأ إليها في غير ضرورة تقتضيها.

(١) C.C. 86- 207 D.C., 25- 26 Juiv, 1986, R.P. 61.

(٢) راجع في الحجج المتقدمة جميعها ص ١٧٨- ١٧٩ مؤلف دومنيك روسو السابق الإشارة إليه.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يوبيه ١٩٨٦ - قاعده رقم ٥٠ - ص ٣٣٦ من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها.

### الفصل الثامن عشر

#### الرقبة القضائية على القوانين المعدلة للدستور

#### Le lois constitutionnelles

٣٠٨- تعنى الدساتير بأن تحدد فى صلبها الهيئة التى توليها مهمة تعديل أحكامها. فلا يختص سواها بإجراء التعديل، سواء كان اقتراح التعديل بمبادرة من رئيس الجمهورية، أم من قبل عدد معين من أعضاء الهيئة التى اختصتها بإجراء التعديل.

وينفذ التعديل بمجرد إقراره من الهيئة التى تتولاه وفقا للدستور؛ وبالأغلبية الخاصة التى حددها، ووفق الإجراءات التى يبينها والتى تنتم عادة بتعدد حلقاتها وتشابكها وصرامتها؛ وذلك سواء كانت الهيئة التى تتولى هذه المهمة بتفويض من الدستور، ذات تكوين خاص، أم كانت هى السلطة التشريعية ذاتها التى تقرر التعديل بالأغلبية الخاصة لكل من مجلسيها، أو باجتماعهما معاً فى شكل مؤتمر. \*

وهو ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ التى تقضى بما يأتى:

>حقدم طلب تعديل الدستور إما بمبادرة من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء؛ وإما من أعضاء البرلمان. ويعرض مشروع أو اقتراح التعديل على كل من مجلسى البرلمان للاقتراح عليه بصيغة واحدة ( ' ) En termes identiques. ويكون التعديل نهائيا بعد الموافقة عليه فى الاستفتاء.

ومع ذلك لا يعرض مشروع التعديل للاستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان منعقدا فى شكل مؤتمر. وفى هذه الحالة يتعين أن يحصل مشروع التعديل على ثلاثة أخماس أصوات المقترعين. ويتخذ المؤتمر من الجمعية الوطنية مكتباً له.

( ' ) أنظر تعليق Daniel Gaxie على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى، وذلك فى ص ١٣٢٦ حتى ١٣٥٠

من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La constitution de la Republique française. Economica.

ولا يجوز اتخاذ إجراء لتعديل الدستور أو المضي فيه إذا أخل بتكامل الإقليم ويحظر كذلك أن يكون موضوع التعديل الشكل الجمهوري للحكومة<sup>(١)</sup>.

وسواء كان التعديل نافذا بمجرد إقراره من الهيئة التي اختصها الدستور بإجرائه، أم كان نافذه معلقا على استفتاء، وسواء بادر رئيس الجمهورية إلى اقتراح التعديل، أم قدم الاقتراح من عدد معين من أعضاء السلطة التشريعية، وسواء تم التعديل بموافقة كل من مجلسيها، أم كان إقراره عن طريق مؤتمر يجمعهما، فنحن في كل هذه الأحوال أمام قانون صدر بتعديل الدستور، ولا يجوز بالتالي أن يتعلق بغير المسائل التي ندرجها الدساتير عادة في صلبها كنظام الحكم في الدولة بما في ذلك كيفية توزيعها لسلطاتها بين مؤسساتها، ونطاق حقوق مواطنيها وحرياتهم. وجميعها قواعد دستورية لا يجوز تغييرها إلا بتعديل الدستور.

وينبغي أن يلاحظ أن قوانين تعديل الدستور -يرفض النظر عن موضوعها- هي قوانين بمعنى الكلمة، وإن كان إقرارها يقتضي الدخول في إجراءات معقدة متعددة المراحل تعينها السلطة التأسيسية. وهي السلطة الأصلية التي انبثق الدستور عنها، وكان من خلقها ابتداء Les constituants d'origine.

٣٠٩- وليس ثمة إجماع على خضوع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية. ذلك أن الفقهاء ينقسمون في ذلك إلى أكثر من اتجاه:

(١) وفيما يلي نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي في لغتها الأصلية:

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du premier ministre et aux membres du parlement.

Le projet ou la proposition de revision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La revision est définitive apres avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de revision n'est pas présenté au referendum lorsque le président de la République décide de la soumettre au parlement convoqué en Congres; dans ce cas, le projet de revision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congres est celui de l'Assemblée Nationale.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porte atteinte à l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

## الاتجاه الأول

### لا يجوز إخضاع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن قوانين تعديل الدستور لا يجوز إخضاعها للمراجعة القضائية، وذلك بالنظر إلى موضوعها، وعلى ضوء طبيعة تكوين الهيئة التي أقرتها، والتي تنقل التفويض مباشرة من السلطة التأسيسية التي صدر الدستور عنها. وعلى الأخص كلما كان عرض هذه القوانين في استفتاء عام، شرطاً لسريانها. إذ يعتبر قبول الجماهير لها في الاستفتاء، تعبيراً مباشراً عن إرادتها التي لا يجوز لأحد أن يراجعها فيها. فضلاً عن أن إخضاع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية -ولو لم يجر استفتاء عام عليها- هو تقييد للسلطة التي أقرتها في حركتها التي تخولها أن تعدل كل مادة في الدستور، وذلك باستثناء مواد التي حددتها السلطة التأسيسية حصراً، كإجراء تعديل في الدستور يخل بوحدة الدولة، أو بتكامل إقليمها، أو بنظامها الجمهوري<sup>(١)</sup>.

## الاتجاه الثاني

### خضوع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن القوانين التي تعدل الدستور هي من الناحية الشكلية قوانين بمعنى الكلمة اقترح عليها أعضاء السلطة التشريعية. ولا يغير من تكييفها أن تكون هذه السلطة قد اعتمدتها بأغلبية خاصة؛ ولا عرضها على الجماهير في استفتاء؛ ولا إقرارها حتى عن طريق مؤتمر يضم مجلسي البرلمان. ذلك أن هذا المؤتمر لا يزيد أن يكون جمعية برلمانية يجوز إخضاع اللوائح التي تنظم عملها للمراجعة القضائية<sup>(٢)</sup>.

وإذا جاز القول بأن السلطة التي تقرر التعديل، هي في حقيقتها اشتقاق من السلطة التي خرج الدستور أصلاً من رحمها، إلا أن هذا الاشتقاق Constituant dérivé لا يدمجها في السلطة

(١) تنص الفقرتان الأخيرتان من المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن تكامل إقليم الدولة والشكل الجمهوري لنظامها لا يجوز أن يتعلق بهما تعديل.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsque il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

(٢) يراجع المجلس الدستوري الفرنسي اللوائح التي تنظم عمل المجلسين التشريعيين المنعدين في شكل مؤتمر  
C.C. 63- 24 D.C., 20 dec. 1963, R.p. 16.

الأصلية التي صدر الدستور ابتداء عنها، ولا يجعلها من جنسها. ذلك أن السلطة الأصلية *Constituant originaire*، هي تلك التي خولتها الجماهير بتصميم دستور يكون ملبياً مطالبيها بما يعيد تنظيم الدولة وفق أسس مختلفة عن تلك التي كان معمولاً بها من قبل.

ولا كذلك سلطة تعديل الدستور. ذلك أن تفويض السلطة الأصلية جهة غيرها حق إجراء هذا التعديل، لا يساويها في مرتبتها. وإنما هي سلطة تابعة للسلطة الأصلية التي تصدد لها إطار حركتها وضوابط عملها من خلال قواعد شكلية وموضوعية تلزمها باتباعها. فلا تملك تحريفها أو الخروج عليها ولا تدور إلا في فلكها. فضلاً عن أن الهيئة التي تعدل الدستور، هي في حقيقة تكليفها القانوني سلطة عامة تضبط إيقاعها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان تقديمها بالحدود التي فرضها الدستور في شأن الشروط والأوضاع التي تطلبها لتعديل أحكامه. شأنها في ذلك شأن كل سلطة غيرها، ناط الدستور بها مباشرة اختصاص معين<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه الثالث

#### حظر التعديل الشامل لنصوص رقم الدستور

أن كل تعديل للدستور يتعين أن يكون جزئياً، فلا يحيط بنصوص الدستور جميعها، ولا يغير من القيم الجوهرية التي يقوم عليها، ولا من الهياكل الرئيسية لتنظيم الدولة، ولا يحيط الأغراض النهائية التي يتوخاها. فإذا خرج قانون تعديل الدستور عن حدوده المنطقية تلك، خضع للمراجعة القضائية؛

### الاتجاه الرابع

#### انعدام الفواصل بين التعديل الجزئي والتعديل الشامل للدستور

أن التمييز بين تعديل جزئي للدستور، وبين تأسيس من جديد لكامل أحكامه، وإن كان منطقياً ومفهوماً، إلا أن الفواصل بين هاتين العمليتين تدق كثيراً في العمل.

(١) وصف المجلس الدستوري الفرنسي نفسه بأنه أداة تنظيم أوجه نشاط سلطات الدولة

L'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics

ق.ح. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R.p. 27.

فضلا عن أن التعديل ولو كان جزئيا، قد يخل بتوازن كان ملحوظا وقت إقرار الدستور، كإلغاء سلطة رئيس الجمهورية في حل البرلمان، أو إسقاط مبدأ المسؤولية الوزارية. فإلى أي حد يعتبر التعديل المقترح واقعا في حدود متطلباته وأغراضه المنطقية، أو مجاوزا لها...؟!

كذلك فإن من المفترض في التعديل، أن يتناول تغييرا مطلوبيا، أيا كان موقع هذا التغيير من النصوص التي يشملها، أو درجة أهميتها.

ولا يجوز بالتالي إيراد قيد على مضمون التغيير، إلا إذا تأتى القيد من نصوص الدستور ذاتها، كما لو حظر الدستور تعديل مواد بذاتها فيه كذلك التي تتعلق بالديمقراطية أو العلمانية أو باستقلال السلطة القضائية.

وفيما عدا دائرة النصوص التي حظر الدستور صراحة تعديلها، فإن آفاق التعديل لا يجوز تقييدها، وإلا قصر عن أن يكون كافلا للحماية مصالحها في أشكالها المتغيرة<sup>(١)</sup>.

وما يقال من أن للدساتير جميعها قيما ومبادئ دستورية لا يجوز تعديلها، كذلك التي تتعلق بالسيادة الوطنية، وبوحدة الدولة وتكامل إقليمها؛ مردود كذلك بأن هذه القيم والمبادئ ذاتها يجوز أن تعدلها السلطة الأصلية التي كان لها فضل إيجاد الدستور، وبعثه إلى الحياة.

فإذا لم تفرض هذه السلطة على الجهة التي اختصتها بتعديل الدستور، قيودا في شأن نطاق التعديل؛ فإن اختصاص هذه الجهة في إجرائه يكون كاملا، خاصة وأنها سلطة ذات سيادة. وسيادتها هذه تحولها إلغاء ما نراه من أحكام الدستور، أو تعديلها، أو تكملتها، ولو اختلف التوازن الذي كان يكفل من قبل تماسكها.

وهي بذلك لا تعتبر سلطة عامة تلتزم بالنزول على الدستور بما يحول دون خروجها على قواعده. ولكنها سلطة إحدائية تقيم نصوصا جديدة كبديل عن نصوص قائمة؛ وتحور من مضمون النصوص القديمة في بعض جوانبها؛ أو تسد الفراغ فيها. وهي تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية لا تقيدها في مباشرتها أية قاعدة لها قيمة دستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) C.C. 93- 312.2 Sept. 1992, R.p. 79.

(٢) C.C. 81 - 132 D. C., 16 janv. 1982. R. p. 18.



وليس ثمة ما يمنعها بالتالي من الخروج -صراحة أو ضمنا- على قيم أو مبادئ قام الدستور عليها، أو كان لها قيمة دستورية. وذلك مؤداه أن اختصاص الجهة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، لا يخلوها فقط إدخال تعديل جزئي عليها، بل إحداث أحكام جديدة تضيفها إلى الدستور. بل إن سلطتها في الإضافة تتقدم سلطتها في التعديل المحدود، أو على الأقل تساويها. ويتعين دائما في كل تعديل للدستور -إضافة لأحكامه أو تغييرا لها على وجه آخر- أن تقصر الجهة القضائية رقابتها على السلطة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، فيما يفدها الدستور به في مجال مباشرتها لهذا الاختصاص<sup>(١)</sup> وليس لها بالتالي أن تتدخل في عملها لتقييم الحدود التي أرتأتها لهذا التعديل.

### الاتجاه الخامس

#### قوانين تعديل الدستور لها شرائطها التي لا يجوز أن ينحدر التعديل منها

وأيا كانت آراء المؤيدين أو المعارضين للرقابة القضائية على قوانين تعديل الدستور؛ فإن ما أراه صوابا هو أن كل تعديل مشروط ابتداء بالتقيد بالقواعد التي فرضها الدستور لإجراء التعديل، سواء في ذلك ما كان منها من طبيعة شكلية، كاستنفاد المراحل التي حددها الدستور لإجراء التعديل، وأن يتم بالأغلبية الخاصة التي اشترطها، وعلى ضوء نتيجة الاستفتاء إذا كان مطلوباً كشرط لنفاذه<sup>(٢)</sup>؛ أو ما كان من هذه القيود من طبيعة موضوعية كما لو حظر الدستور تغيير الشكل الجمهوري لنظام الحكم، أو النزول عن جزء من إقليم الدولة أو الدخول في أحلاف أجنبية

(١) انظر عرض بعض الآراء المؤيدة أو المعارضة للقوانين المعدلة للدستور

Dimitri Georges lavroff, le droit constitutionnel de la ve Republique, 2e edition, pp. 178- 180.

(٢) وفقا لنص المادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية يتم تعديل الدستور من خلال مراحل متعددة يُلحى كل منها المرحلة التي سبقتها. إذ يناقش مجلس الشعب أو لا مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه سواء تعلق الأمر بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وسواء كان طلب التعديل مقما من رئيس الجمهورية أو موقعا عليه من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل. فإذا رفض الطلب، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه، ويعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء بقبوله.

لأغراض لا صلة لها بحفظ السلم الدولي، أو الإخلال بقواعد القانون الدولي التي لا يجوز نقضها Jus Cogens أو تقرير حقوق المواطنين تكون أقل في مستوياتها مما هو مقرر منها في الدول الديمقراطية، أو الإخلال بحقوق بنواتها نص عليها حصرا، أو تغيير أوضاع حرص على إبقائها كنظام توارث العرش في بعض الدول<sup>(١)</sup> أو كالتبعية الديمقراطية لنظام الحكم بها، أو كوحدة الدولة وتكامل إقليمها. ذلك أن هذه القيود بنوعها من عمل السلطة التأسيسية؛ فلا يجوز أن تخرج عليها الهيئة التي فوضتها هذه السلطة في إجراء التعديل.

ومشروط ثانيا بأن يكون التعديل خطوة أكبر وأعمق في اتجاه تأكيد حقوق المواطنين وحررياتهم. فإذا انقض التعديل على ما هو قائم منها بدلا من ضمانها بصورة أفضل؛ كان ذلك نكولا من الجهة التي اخصمها الدستور بتعديل أحكامه، عن الحدود المنطقية للتفويض الصادر لها من السلطة التأسيسية التي كان الدستور محصلة جهدها في إرساء قواعده.

ولا يجوز بالتالي أن يخل التعديل بالسيادة الوطنية، ولا يكون الجنسية شرط للمواطنة؛ ولا بوحدة الدولة وتكامل أجزائها؛ ولا أن يكفل لأقلية وطنية حقوقا أقل من التي كفلها لباقي المواطنين؛ ولا أن يكون منيها حقوقا رئيسية ترتبط بالقيم الإنسانية التي لا يجوز التفریط فيها، خاصة ما يكون في وجوده أسبق من الدولة ذاتها<sup>(٢)</sup>، ومن ذلك الحق في التعددية التي تملئها الفطرة الإنسانية، وحرية الخلق والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها لتسخيرها من أجل الرقي الإنساني، وحرية التعبير عن الآراء التي نبغضها، والحق في مقاومة الاستبداد.

وهذا المعنى هو ما تؤكد بعض الدساتير الأجنبية كنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفدرالية التي تحظر تعديل المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون. وجميعها تتصل بكرامة الإنسان وصون حرمة حياته الخاصة، وحقه في التنقل والاجتماع والتعبير عن رأيه ونشره، وغير ذلك من حقوقه الأساسية التي لا تتسم بما يجعل النزول عنها أو تقادم الحق فيها، مستعصيا، وبما يكفل بالتالي ترابطها وانتماجها في وحدة عضوية تجمعها،

(١) انظر في ذلك دستور ١٩٢٣ الذي كان معمولا به في مصر.

(٢) يصف البعض هذه المبادئ بأنها فوق الدستور فلا يحوز المساس بها *Principes supra- constitutionnels* وهي فكرة رفضها المجلس الدستوري الفرنسي. C.C. 93- 312, 2 Sep.1992, R.p. 76.

لنكون جميعها واقعة في إطار منظومة واحدة لا تتفرق في أغراضها النهائية، ولا يناقض بعضها البعض في مضمونه.

ومشروط ثالثاً: بأن يكون التعديل جزئياً. ذلك أن السلطة التي ناط بها الدستور تعديل أحكامه، لا تعتبر سلطة بديلة عن السلطة التي أحدثتها.

ولا يجوز -ومن ثم- أن يكون تعديلها للدستور انقلاباً على أحكامه جميعها، تفسير منها بالطريقة التي تراها، وكأنها تضع للدولة دستوراً جديداً *Modifier la Constitution, n'est pas changer de constitution*، خاصة وأن التعديل -في طبيعته- يفترض تقويم اعوجاج في أجزاء محدودة من الدستور، وتلاقيها مع احتياجات المواطنين.

ولا يجوز بالتالي أن يتمحض التعديل عن إلغاء الدستور. بل يتعين إذا لم يعد الدستور ملبياً لمصالح المواطنين، أن تقوم بوضع الدستور الجديد سلطة تأسيسية جديدة تنظر بنفسها فيما تسراه أحفظ لحقوقهم وأصون لحرياتهم.

وهذا المعنى مستفاد ضمناً من لفظة الأولى من المادة ١٨٩ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية التي تخول كلا من رئيس الجمهورية وعدد معين من أعضاء السلطة التشريعية طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، لا لإبدال الدستور القائم بدستور جديد.

وفي إطار هذه القيود، تباشر كل من السلطة التي تعدل الدستور من ولايتها، وتراقبها الجهة القضائية في كيفية مباشرتها لهذه الولاية.

فلا تكون أولاهما معصومة من الرقابة القضائية، إلا بقدر مباشرتها لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، وفي إطار الضوابط المنطقية لممارستها.

ولا تكون ثانيتهما ممنوعة من مراقبة عمل أولاهما، كلما قام اختصاصها في تقييم هذا العمل على متطلباته الدستورية الشكلية منها والموضوعية، وكذلك على موجباته المنطقية، خاصة وأن إطلاق السلطة التي تعدل الدستور، من كوابحها، مؤداه انفلاتها.

ومشروط رابعاً: بأن القوانين التي تعدل مادة أو أكثر في الدستور، les lois constitutionnelles لا تعتبر قوانين مفسرة للدستور. ذلك أن تفسير النصوص القائمة لا يعني تعديلها أو الإضافة إليها، بل مجرد تجلية غموض شأبها من جراء صياغتها بطريقة معيبة Eclaircir sa signification cachée par une rédaction insuffisamment claire. فإذا عدل قانون من أحكام الدستور من خلال للتدريج بتفسيرها، بطل هذا القانون.

فضلا عن أن القانون المفسر لا يجوز أن يتعلق بغير قانون من درجته، وليس بالدستور الأعلى مرتبة من القانون.

ولا كذلك قوانين مراجعة الدستور، لأنها تستعيز عن مادة أو أكثر فيه بغيرها، وتمنح النصوص الجديدة قوة نصوص الدستور ذاتها<sup>(١)</sup>.

ومشروط خامساً: بأن الشروط الموضوعية التي تحيط بها السلطة التأسيسية تعديل الدستور، تقتضى من الجهة القائمة على الرقابة الدستورية، أن تسير أغوارها، فإذا حظر الدستور تعديل النظام الديمقراطي للحكم، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تستظهر ما إذا كان التعديل حتى مع تعديده بأحد أشكال الديمقراطية، قد ناقض خصائصها التي تفترض أصلاً تقسيم السلطة وتوزيعها وتداولها بطريق الاقتراح، وضمان استقلال السلطة القضائية، ومساواة المواطنين وتضامنهم<sup>(٢)</sup>.

ومشروط سادساً: بأن تعديل الدستور يفترض أن تكون الهيئة التي تتولى التعديل منحصرة من كافة الضغوط التي تعطل أو تعيد حريتها في التقدير والتقرير. ولا كذلك أن يكون جزء من إقليمها محتلاً أو ولقها في قبضة بعض المتمردين عليها.

ومشروط سابعاً: ألا يكون التعديل قد أدخل على نصوص الدستور تناقضاً يستحيل أن يتحقق به التوافق بين أجزائها.

(١) Decisions of the Constitutional Court of Romania ; DECISION No19 on February, 14 1995 ; Published in the Official Gazette of Romania",no39, from February,23,1995

( ٢ ) عكس ذلك Daniel Gaxie ص ١٢٢٩ من تطبيقه على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي المنشور في المؤلف السابق الإشارة إليه وعنوانه "دستور الجمهورية الفرنسية- الطبعة الثانية Economica ويؤيد المجلس الدستوري الفرنسي حصوع القوانين التي تعدل الدستور للرقابة إذا لم تلتزم السلطة التي أجرت التعديل بالشروط التي فرضها الدستور عليها 76 R.p. 2 sep. 1992. D.C. 312-93. C.C.

### الفصل التاسع عشر

#### أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣١٠- تنبسط المراجعة القضائية في شأن دستورية القانون، على كل قاعدة قانونية سواء أقرتها الحكومة الفيدرالية، أو ولايتها، أو مقاطعاتها؛ أم أقرتها في الدولة البسيطة حكومتها المركزية، أو سلطاتها المحلية؛ وسواء تم إفراغ هذه القواعد القانونية في قانون أو لائحة أو فهي معاهدة دولية.

وقد كانت الرقابة السابقة على صدور القانون، قائمة في أسبانيا، ثم تقرر إلغاؤها عام ١٩٨٥. ولم يبق من الدول الأوروبية التي تطبقها غير فرنسا والبرتغال. بل إن البرتغال تسأخذ بصورتين للرقابة هما الرقابة السابقة واللاحقة. أما في النمسا، فإن دور الرقابة القضائية السابقة محدود الأهمية، إذ يقتصر على عملية توزيع الاختصاص بين الاتحاد والوحدات الأعضاء فيه. ولا توجد هذه الرقابة في سويسرا، ولا في غيرها من الدول الأوروبية عدا تلك التي أشرنا إليها.

وللرقابة القضائية السابقة على صدور القانون شأنها في ذلك شأن الرقابة اللاحقة على العمل به، ضوابطها، ذلك أن هاتين الرقابتين لا تختلفان عن بعضهما، إلا في زمن إجراء كل منهما. ولكنهما تتناولان معا قانونا أقره البرلمان بعد أن حدد المسائل التي ينظمها، والوسائل إلى تحقيق الأغراض التي يبتغيها من تنظيمها. وعلى هذين الأمرين معا تنبسط الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لتعلقها بموضوع القانون، وبالوسائل التي تحقق أغراضه.

فالأصل في التعددية، وفي حرية العقيدة، أنهما حريتان مطلقتان. فإذا قيدهما قانون، فإن موضوع القانون يكون مخالفا للدستور<sup>(١)</sup>.

وحتى إذا كان موضوع القانون مما يجوز تنظيمه تشريعيا وفقا للدستور -وهي الصورة الغالبة- فإن النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم هذا الموضوع قد لا تكون ملائمة في تقدير جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تغاير موازينها في التقويم، اجتهد السلطة التشريعية

(١) لا يقتصر مفهوم التعددية على التعددية الحزبية، ولكنها مفهوم شامل يتناول التعددية التي تقوم على تبادل الآراء، والتعددية في طرائق التعبير على اختلافها فنيا وأيديا أو عمليا أو إبداعيا أو مهنيا. وهي في حقيقتها أساس المجتمع المدني، ونقطة الأسس في نظمه الديمقراطية.

المنتخبة، والتي يقال عادة بأنها أكثر شرعية من جهة الرقابة، لأنها تعبر بصورة أدق فيما تقرره من القوانين عن السيادة الشعبية ولها بالتالي حق اختيار موضوع القانون، وكذلك انتهاج ما تراه من الوسائل لتنظيمه. وهو قول باطل يتخذ صورة الحق. ذلك أن السيادة الشعبية لا تتأهض الدستور، ولكنها تقتض من ممارستها الخضوع لأحكامه.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي حصانة تعلوها فوق الدستور، أو تخولها مجاوزة حدوده، سواء أطلق الدستور ولايتها بما يخولها حق تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم وشئونهم جميعاً؛ أم حصر ولايتها في مسائل بذواتها، واحتجز ما عداها للسلطة التنفيذية تشريع فيها من خلال لوائحها، مثلما هو الحال في فرنسا<sup>(١)</sup>.

ولئن جاز القول بأن الولاية المفتوحة للسلطة التشريعية هي الأصل، وأنها تخولها تنظيم كافة المسائل أي كان موضوعها، كصون الأمن العام وتنظيم المرافق لضمان تسييرها أو تطويرها، ومعاقبة الجناة، وكفالة استقلال السلطة القضائية، وضمان تنوع الآراء بغض النظر عن حواجزها ومصدر تلقيها؛ وكان للسلطة التشريعية بالتالي حق تنظيم كل حق أو حرية أيا كان مضمونها؛ إلا أن النصوص القانونية التي تقرها في شأن كل موضوع تتولاه بالتنظيم، تعتبر مجرد وسائل حددتها لتحقيق أغراض بذواتها. ذلك أن هذه الوسائل إما أن تكون مدخلا لصون حقوق المواطنين وحرياتهم؛ أو موطنًا للإخلال بها ويكمن فيها بالتالي احتمال نقض الحقوق التي كفلها الدستور.

(١) تحدد المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي المسائل التي ينظمها القانون، وحصرتها في المسائل التي عينتها والتي يندرج تحتها تقرير القواعد المنظمة للحقوق المدنية والضمائم الأساسية المكفولة للمواطنين من أجل مباشرة حرياتهم العامة. والحق في العمل والتنظيم النقابي والضمان الاجتماعي والقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي، فصلا عن تأميم المشروعات ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، والضمانات الأساسية المكفولة لمواطني الدول المدييس والصركيين وكذلك قواعد التحرير والعفو والعفو وإنشاء نظم قسافية جديدة ونظم قسافها بالإصافه إلى الجنسية وحالة الأشخاص وأهليتهم ومنهم المالية وتوارثهم، والنظم الانتخابية البرلمانية والمطلبة وتنظيم الدفاع المدني، ونظم ملكية الحقوق والالتزامات المدنية والتجارية. ونص المصاد ٣٧ من ١٩٥٨ الدستور، على أن المسائل التي لا تحجز في المجال المحجوز للقانون، تعتبر من طبيعة لائحية

ومن ثم يتعين أن ترثها الهيئة القضائية بالقسط للتحقق من توافر صلة منطقية بين هذه الوسائل وغاياتها، وإلا تعين إبطال النصوص المفضية إليها. فلا يكون هذا الإبطال تحكيميا.<sup>(١)</sup>

ومن ثم ينحل تقييم هذه الوسائل إلى عملية ذهنية لا تماثل تلك التي تجريها السلطة التشريعية في مجال مفاضلتها بين البدائل التي تتزاحم على الموضوع الواحد.

ذلك أن الهيئة القضائية لا تحل نفسها محل المشرع سواء في مجال اختيار بديل دون آخر، أو تفضيل بديل على غيره. ولكنها تنتظر فيما إذا كان هذا الاختيار والترجيح كافلا عقلا لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من التنظيم.

وهي بذلك تستهض مسئوليته في اختيار أكثر الوسائل ملاءمة لتحقيق هذه الأغراض في إطار نصوص الدستور. بل إنها قد تكون في حقيقتها ما نراه مضمونا صحيحا لهذه الوسائل<sup>(٢)</sup>.

ومهمتها في ذلك شائكة بلا نزاع، وتثير صعابا لا يستهان بها، لعل أفتحها خطرا اتهامها بأنها تشرع لنفسها، وأنها تقوض السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، وأنها تفرض وصايتها على الشئون التي ينفرد بها؛ وأن من المفترض في السلطة التشريعية سعيها لضمان المصلحة العامة في كافة مظانها، ومن أوجهها المختلفة<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن تراجعها الهيئة القضائية في مناط تحققها؛ ولا أن تقيم نفسها محلها فيما نراه أكفل لإثباها؛ ولا أن تكون سلطتها في تقييم النصوص القانونية المطعون عليها موازية لاختصاص السلطة التشريعية في اختيارها لها، والتي تقدر على ضوئها الوسائل التي تراها أكثر صونا لحقوق مواطنيها وحرياتهم<sup>(٤)</sup>.

ولما كان شأن المخاطر التي تجابه الهيئة القضائية في هذه المنطقة الوعرة، فإن نظرها في الوسائل التي اختارها المشرع -وهي النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم موضوع معين- وتقديرها ملاءمة اللجوء إليها لتحقيق الأغراض التي يتوخاها هذا التنظيم، يظل أصلا مستعصيا على الجدل. ذلك أن تقييمها لهذه الوسائل لا يتوخى إبدالها بغيرها، وإنما فقط تقرير مجاوزتها على الجدل.

(١) C. C. 93 - 326 - D. C., 11 aout 1993. R.p. 217.

(٢) C. C. 83 - 162 D.C., 19 - 20 juil. 1983. R.p. 49.

(٣) C. C. 74 - 51 D.C., 15 janvier 1975. R.p. 19.

الأغراض المقصودة منها. وليس للمشرع بالتالى أن يتنزع بالسلطة التقديرية التى يملكها لتقرير ما يراه من النصوص القانونية كافيا لتحقيق المصلحة المبتغاة من التنظيم التشريعى الذى أقره؛ ولا أن يبرر خطأه فى تقدير الوسائل الملائمة، بغموض نصوص الدستور التى يتصل بها هذا التنظيم؛ ولا بصعوبة إدراكه لجوانبها بالنظر إلى دقة المسائل التى تناولها المشرع على ضوء طبيعتها الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الانتخابية المعقدة. ذلك أن الدستور لا يأذن بغير الوسائل الأقل تقييدا للحرية، والأكثر ضمانا للحقوق. ولا تفعل الهيئة القضائية شيئا غير إنفاذ حكم الدستور حتى لا يكون اختيار المشرع للوسائل التى اصطفاه، قائما على الأهواء أو قرين التحكم.



### المبحث الأول

#### صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا

### المطلب الأول

#### الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صدور القانون

٣١١- الصورة المثل للرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها، هي التي نص عليها دستور فرنسا لعام ١٩٥٨، ومن ثم نعرض لها بشيء من التفصيل، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا تزال محدودة في نتائجها بالنظر إلى أن ما يستبعد من نطاقتها، أكثر مما يدخل في محيطها. وهي بذلك ولاية غير مفتوحة، ولا عريضة روافدها، ولا يلج الأفراد أبوابها. ولهذه الرقابة في فرنسا صورا متعددة نعالجها تباعا على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية

٣١٢- تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي على أن القوانين التي يخلع عليها الدستور صفة القوانين العضوية، هي التي يتم الاقتراع عليها وتعديلها وفقا لأحكام هذه المادة. ومن ثم لا تعتبر القوانين العضوية كذلك بالنظر إلى خصائص معينة تفرد بها وإنما تتحدد صفتها هذه بناء على نص في الدستور. وتتوخى هذه القوانين التي ظهر مصطلحها لأول مرة في دستور ١٨٤٨، أن تفصل المسائل التي حدثتها<sup>(١)</sup>.

وتحظى القوانين العضوية بأهمية كبيرة منذ العمل بدستور ١٩٥٨، وذلك من النواحي الآتي

بيانها:

(١) تحيل المادة ٦٣ من الدستور إلى قانون عضوي لبيان القواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري، وكيفية مباشرته لوظيفته، والإجراءات التي تتبع أمامه خاصة ما تعلق منها بتحديد مواعيد الطعن. وعلا بنص المادة ٦٥ من الدستور يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء ويكون وزير العدل نائبا له. ويشكل هذا المجلس فضلا عما تقدم - من تسعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي. وتنص المادة ٦٧ من الدستور على أن يصدر قانون عضوي بتشكيل محكمة العدل العليا، وتحديد قواعدها مباشرتها لوظيفتها، والإجراءات التي تتبع أمامها.

أولاً: أن الاقتراح عليها وتحليلها لا يجوز إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ٤٦ من دستور ١٩٥٨.

ثانياً: أن نطاق عمل القوانين العضوية ينحصر في مسائل محددة عهد إليها الدستور بها. وليس لها بالتالي أن تنظم ما عداها إلا بوصفها مجرد قوانين عادية<sup>(١)</sup>.

كذلك لا يجوز للقوانين العادية أن تخل باختصاص تتولاه القوانين العضوية وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>. ثالثاً: لا يجوز إصدار القوانين العضوية قبل أن يعلن المجلس الدستوري مطابقتها للدستور. وهو ما نص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٦، والفقرة الأولى من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي التي تقضى أولاً بما بأن القوانين التي يعتبرها الدستور قوانين عضوية، لا يجموز إصدارها قبل أن يؤكد المجلس دستوريته<sup>(٣)</sup>؛ وتنص ثانيتهما على أن القوانين العضوية قبل إصدارها، واللوائح البرلمانية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ قبل تطبيقها، يتعين عرضها على المجلس كي يفصل في تطبيقها أو تعارضها مع الدستور.

ومن ثم تكون الرقابة على دستورية القوانين العضوية، رقابة وجوبية لا تقتصر على ما يكون من بينها مظلوناً مخالفته للدستور؛ ولكنها تشمل للقوانين العضوية جميعها، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا يحركها إلا رئيس مجلس الوزراء بوصفه السلطة المختصة بعرض القوانين العضوية على المجلس الدستوري في الوقت الذي يراه.

غير أن سلطته في اختيار وقت عرضها مقيدة من جهتين:

أولاهما: أن من القوانين العضوية ما يحدد المهلة التي يتقيد بها رئيس مجلس الوزراء في شأن عرض هذه القوانين على جهة الرقابة.

ثانيتهما: أن القوانين العضوية التي لا تعرض على هذه الجهة، يستحيل إصدارها وتطبيقها.

(١) C.C. Decision no 75 – 62 D C du 28 janvier 1876.

(٢) C.C. decision no 84 – 177 DC du 30 août 1984.

(٣) Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après déclaration par le conseil constitutionnel de leur conformité à la constitution.

وعلى المجلس الدستوري أن يفصل في دستوريته نصوص القوانين العضوية جميعها، وذلك بعد التحقق من استيفاء الأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور في مجال إعدادها، ومن بينها.

أولاً: أن المشروع أو الاقتراح الخاص بها، لا يجوز أن يناقش من قبل الجمعية التي يعرض عليها أولاً، ولا أن تقرر عليه قبل انقضاء ١٥ يوماً من وقت إيداع هذا المشروع أو الاقتراح.

ثانياً: إذا لم يتم الاتفاق بين مجلسي البرلمان حول مشروع القانون أو الاقتراح، فإن إقرار الجمعية الوطنية لهذا المشروع أو الاقتراح في قراءتها الأخيرة لأيهما، يتعين أن يكون بالأغلبية المطلقة لأعضائها.<sup>(١)</sup>

ثالثاً: يتعين الاقتراح على القوانين العضوية الصادرة في شأن مجلس الشيوخ، بالصيغة ذاتها في كل من مجلسي البرلمان.

رابعاً: لا يجوز أن تنظم القوانين العضوية، غير المسائل التي اختصها الدستور بها.

فإذا تبين للمجلس الدستوري أن قانوناً عادياً نظم شأنًا من الشؤون التي تنفرد بها القوانين العضوية وفقاً للدستور، قضى بعدم دستورية هذا القانون.<sup>(٢)</sup>

ولا كذلك أن تنظم القوانين العضوية مسائل لا تدخل في اختصاصها، أو تتناول في بعض جوانبها تقرير نصوص قانونية في منطقة تنظمها القوانين العادية.

ذلك أن المجلس لا يقضي في هذه الحالة بعدم دستورية نصوص القوانين العضوية فيما جاوزت فيه الحدود التي رسمها الدستور لها، ولكنه يعيد ترتيبها وتصنيفها كي يندمج في إطار القوانين العادية أو العضوية، وفق النطاق الذي حدده الدستور لكل منها.<sup>(٣)</sup>

(١) C.C. 70- 40 D.C., 9 juillet . 1970 . R.p. 25

(٢) C.C. 86 -217 D.C., 18 sep. 1986 . R.p. 141

(٣) C.C. 75- 63 D.C., 28 janv. 1976. R.p. 141

## الفرع الثاني

### الرقابة القضائية المباشرة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها

٣١٣- وفيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها، فإن، الفصل في دستوريته يتم وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وذلك بإحالتها إلى المجلس الدستوري من رئيس الجمهورية، أو من رئيس مجلس الوزراء، أو من رئيس الجمعية الوطنية، أو من رئيس مجلس الشيوخ.

وقد لوحظ أنه فيما عدا رئيس مجلس الشيوخ، فإن كلا من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، لا مصلحة لهم في الطعن بعدم دستورية قانون هم صانعوه، أو أسهموا فيه بشكل أو بآخر.

ومن ثم ظل طريق الطعن في القوانين العادية شبه مغلق، إلى أن عدل دستور ١٩٥٨ في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ بما يخلو ستين نائباً أو ستين شيخاً، الحق في الطعن بعدم دستورية هذه القوانين أمام المجلس<sup>(١)</sup>.

وهو ما كفل للمعارضة فرصة المنازعة في تلك القوانين، سواء من جهة متطلباتها الشكلية أو من جهة محتواها<sup>(٢)</sup>.

ولا يقبل المجلس هذه الطعون البرلمانية، إلا بعد الاستيثاق من عدد الأعضاء الموقعين عليها وصحة توقيعاتهم. فإن كان الموقعون على الطعن أقل من ستين نائباً أو ستين شيخاً؛ أو كان الموقعون ستين عضواً برلمانياً نصفهم من الجمعية الوطنية، وباقيهم من مجلس الشيوخ؛ فإن الطعن المقدم منهم لا يكون مقبولاً. ولا يجوز بالتالي أن تطعن السلطة القضائية ولا الأفراد فسي دستورية القوانين العادية قبل إصدارها، ما لم يعدل الدستور ليكلف لهم هذا الحق.

(١)، (٢) يلاحظ أن تحويل ستين نائباً أو ستين شيخاً حق الطعن بعدم دستورية قانون قبل إصداره قد نقرّر بعد أن خاض رئيس الجمهورية حيسكار ديستان انتخابات صعبة. فلذلك أن يقدم للمعارضة بمبادرة طيبة تحولها الوسائل الدستورية التي نزارع بها في السلسلة التشريعية للحكومة. فضلاً عن تأكيد ضرورة ضمان حقوق المواطنين وحرياتهم بطريقة أفضل حتى لا تتحكم فيها الأغلبية البرلمانية.

ولأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا سموا في صورتها الاختيارية التي يكون موضوعها قانونا عاديا؛ أم في صورتها الوجوبية التي تتعلق بالقوانين العضوية - هي رقابة سابقة على العمل بالقانون، فإن مناطها، هو القانون قبل إصداره<sup>(١)</sup>.

وتلك سمة يتميز بها النظام الفرنسي الذي ينظر إلى الرقابة على دستورية القوانين من جهة التركيز على طبيعتها الوقائية التي تحول دون إصدار قوانين مخالفة للدستور.

وهو ما يجعل فرصة الطعن في القوانين العادية قصيرة للغاية. ذلك أن ميعاد الطعن فيها لا يجوز إلا خلال الفترة الزمنية الواقعة بين إقرار القانون بصفة نهائية؛ وقبل أن يصدره رئيس الجمهورية خلال الفترة التي حددتها المادة العاشرة من الدستور، وأقصاها ١٥ يوما<sup>(٢)</sup> بما يخول رئيس الجمهورية أن يجهض كل طعن يتعلق بدستورية القانون، إذا أصدره مباشرة بعد موافقة البرلمان نهائيا على أحكامه.

ولكن الذي يقع عملا هو أن يعطي رئيس الجمهورية للراغبين من الجهات التي خولها الدستور حق الطعن بعدم دستورية القانون، فحة من الوقت تبشر فيها هذا الحق، خاصة إذا أفصح نواه أو بعضهم، عن رغبتهم في مخاصمة القانون بعد إقراره.

وما يقترحه البعض من ضرورة أن يفرض المجلس رقابته -لا على القوانين بعد إقرارها- بل على مشروعاتها قبل مناقشتها برلمانيا، حتى يحسم هذا المجلس مسلفا المسائل الدستورية المتصلة بها، كي تركز السلطة التشريعية جهودها على النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لتشريعاتها ولا تبدد وقتها في بحث مشكلاتها الدستورية؛ مردود بأن الرقابة القضائية السابقة، لا تتعلق بغير القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية بصورة نهائية. ولا كذلك مشروعاتها التي لا تزال تناقشها وتجبل بصرها فيها لأنها قد ترفضها، فلا يكون لها من وجود. وقد تعدلها بما يغير من الصورة التي كانت عليها وقت تقديمها. فإذا رقيها المجلس قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قرارا نهائيا فيها، فإنه يكون قد تدخل في سلطة التقرير التي تملكها، وأخل بالتوازن بين نصوص

(١) تتعلق الرقابة الوحيدة للمجلس الدستوري الفرنسي بالقوانين العضوية التي سنود إلى شرحها.

(٢) تنص المادة العاشرة من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال خمسة عشر يوما التالية لإحالة القانون إلى الحكومة بعد الموافقة النهائية للبرلمان عليه.

مشروع القانون، ورتبها بالطريقة التي يراها، وكأنه ينظم أفكار الماطلة التشريعية ويبسط سيطرته عليها.

كذلك فإن من المفترض في كل مشروع قانون -وعلا بنص المادة ٣٩ من الدستور الفرنسي- أن يناقش بمجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة فيه<sup>(١)</sup> والبرلمان وحده هو المختص بتقرير ما يراه في هذا المشروع قبولاً أو رفضاً أو تعديلاً. ولا تحل سلطة سواء في ذلك.

والرقابة السابقة التي يبائرها المجلس في شأن القوانين العادية قبل إصدارها، يكفي تحريكها أن يقدم الطعن من إحدى الجهات التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وأن يفرغ طلبها في كتاب موجه إلى رئيس المجلس الدستوري.

فإذا كان الطعن مقدماً من ستين نائباً أو من ستين شيخاً، فليس شرطاً أن يقدم هؤلاء أو أولئك طلباً واحداً بالطعن يوقعون جميعهم عليه Conjointement بل يجوز أن يتقدموا به منفردين Individuellement على أن تتعلق طعونهم الفردية بذات القانون<sup>(٢)</sup>. فإذا قدم الطلب من أحد الأفراد كان غير مقبول<sup>(٣)</sup>.

كذلك ليس شرطاً أن يبين الطعن أسبابه بصورة تفصيلية؛ ولا أن يكون معززاً بدعامتها القانونية، وأن دل العمل على أن الذين يقدمون طعونهم إلى المجلس، يسهون عادة في شرحها، وفي بيان حججها، والأسس التي تقوم عليها، ويفصلون بالتالي أوجه عوارها واحداً بعد الآخر حتى يحيطوا بها. وقد حرصهم على ذلك أن طعونهم هذه تنشر في الجريدة الرسمية؛ وكان عليهم بالتالي التنبيل على جدبتهم فيها من خلال عرضها بطريقة مفصلة تتكامل بها براهينها<sup>(٤)</sup>.

(١) ولولى من الاقتراح الذي يدعو المجلس الدستوري الفرنسي إلى النظر في مشروع القانون قبل أن يناقشه البرلمان لتحديد حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي يثيرها هذا المشروع، أن يأخذ هذا المجلس بالرقابة اللاحقة متلماً هو الحال في كثير من الدول.

(٢) Decision no. 59- 1, D. C. du 14 mai 1959, Rec., 1958- 59 p. 57.

(٣) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٤) في خطاب من رئيس مجلس الشيوخ إلى رئيس المجلس الدستوري طعن فيه على قانون يمن حرية تكوين الجمعيات، اكتفى رئيس مجلس الشيوخ بالقول بأنه يعرض هذا القانون على المجلس للفصل في دستوريته.

وأيا كان الشكل الذي تفرغ فيه الطعون، فإن المجلس لا يلتزم بالرد على كل وجه من أوجه العوار التي نسبها الطاعنون إلى النصوص التي يدعون مخالفتها للدستور.

و، كذلك أن يتم قراره ببطائنها، على غير الدعائم التي نُسبها الطاعنون بها، وأن يفصل في دستورية نصوص قانونية مُيز التي طرحوها، سواء كان هذا الفصل داعماً لوجهة نظر الطاعنين، أو منتهياً إلى ما يناقضها.

وفي كل حال، يحدد المجلس -بصفة مبدئية- مضمون القانون في جملة أحكامه، كي يفصل على ضوء هذا المضمون، في صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها.

## المبحث الثاني

### خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا

٣١٤- وسواء كانت الرقابة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين قبل إصدارها، وجوبية أو جوازية، فإنها تنسم بالخصائص الآتية:

أولاً: أن محلها كل قانون أقره البرلمان بصفة نهائية ولم يصدر بعد<sup>(١)</sup>.

Non encore promulguée, mais définitivement adoptée par le parlement.

فلا يفصل المجلس في دستورية نصوص قانونية لم يقرها البرلمان بمجلسيه بالصيغة ذاتها، ولو كان موضوع القانون على أكبر قدر من الأهمية، كالقوانين المالية، وقوانين التصديق على المعاهدة الدولية.<sup>(٢)</sup> فإذا كان الاقتراع على أحدهما أو كليهما لم يتم، أو كان الطعن قد تعلّق بنصوص قانونية حُدّثها البرلمان، كان الطعن غير مقبول..

فإذا صدر القانون، فلا يجوز الفصل في دستوريته بطريق الدفع الفرعي<sup>(٣)</sup> (Pare voie d' exception)، ولا تقديم آراء استشارية في شأن هذا القانون للجهة التي تطلبها<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: لا يستتبع الفصل في دستورية القوانين المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي -وهي القوانين العضوية والقوانين العادية- النظر في مطابقتها أو مخالفتها لمعاهدة دولية دخلت فرنسا فيها.

ثالثاً: وتظل الرقابة القضائية المعمول بها في فرنسا رقابة سابقة Apriori وقائية Preventif فلا تتعلّق بغير القوانين التي لم تصدر أياً كان موضوعها<sup>(٥)</sup>.

(١) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٢) Decision no. 89- 268 D.C., du 29 dec. 1989, R.p., 110.

(٣) Decision no. 78- 96 D.C. du 27 juil. 1978, Rec., 1978, P. 28.

(٤) Decision no. 80- 113 D.C. du 14 mai. 1980, Rec., 1980, P. 61.

(٥) C.C. 78- 76. D.C., juil 1978, R.P. 29.



ولا يفصل المجلس بالتالى سواء بطريق مباشر أو غير مباشر - فى دستورية قانون بعد صدوره. إلا أن ذلك للمجلس أصدر قرارا فى ١٩٨٥/١/٢٥ عدل به عن موقفه السابق بصورة جزئية، وفى الحدود التى نص عليها هذا القرار.

فقد أقام المجلس بمقتضى ذلك القرار، صلة من نوع ما بين القوانين التى يدخل نظرها دستوريته فى ولايته - وهى القوانين التى لم تصدر بعد - وبين القوانين التى لا يختص بالفصل فى دستوريته، وهى القوانين المعمول بها. وتتحقق هذه الصلة، كلما كان القانون الذى لم يصدر بعد، قد عدل من أحكام قانون قائم أو أكملها أو غير من نطاق تطبيقها، ولم يقتصر على مجرد تنفيذها، ففى هذه الحدود يباشر المجلس رقابته على القانون للقائم المعمول به<sup>(١)</sup>.

#### وفى ذلك يقول المجلس:

Si la régularité au regard de la constitution d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectuent son domaine, il ne saurait en être de même lorsque il s'agit de simple mise en application d'une telle loi.

وبذلك ينظر المجلس فى دستورية قانون معمول به، إذا أحال إليه قانون لم يصدر بعد يتولى المجلس الفصل فى دستوريته؛ بشرط أن يكون هذا القانون معدلا أو مكملا أو مؤثرا فى مجال تطبيق القانون الأول، ولا يقتصر على مجرد تنفيذه.<sup>(٢)</sup>

وقد انتقد أحد الفقهاء عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذه" قائلا بأن القانون المعمول به قد يخل بضمانة دستورية تتصل بحقوق المواطنين وحررياتهم. فإذا أنفذ أحكامه قانون مطعون فيه لم يصدر بعد، فلم لا تدخل هذه الصورة كذلك فى نطاق الرقابة التى يفرضها المجلس على القوانين القائمة!!<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 85- 187 D.C., 25 janu 1985, R.p. 43.

(٢) François Luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica 1987, p. 61.

يقول هذا الفقيه، وعضو المجلس الدستورى السابق، أن هذه الأحوال الثلاث التى تتعلق بتعديل قانون لم يصدر بعد لقانون قائم، أو تكملة لهذا القانون، أو تأثيره فى مجال تطبيقه، لا تضيق من نطاق المبدأ الجديد لأنها تنسج لأغلب الصور التى يمكن أن تقع فى العمل.

(٣) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 4 e édition, p. 189.

ولما كان الأمر، فإن البين من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يوليو ١٩٨٩ أن المجلس أسقط من حيثياته عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذ"!!..

فهل تعدد المجلس إسقاطها لتشمل رقابته القوانين المعمول بها التي يطبقها Appliquer، أو يكملها Modifier، أو يؤثر في نطاق سرياتها Affecter le domaine، أم لا يصدر بعد يفصل المجلس في دستوريته!!.. أم أن إسقاطها كان سهوا!!.. ؟

أن ما أراه صوابا في ذلك، هو أن المحاكم جميعها، قد عدل عن مبدأ سابق لها بطريقة هائلة. وهو ما اعتقد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قصد إليه.

زائبا: أن اختصاص المجلس بمراقبة دستورية القوانين العضوية والعادية قبل إقرارها، كفل تقييد السيادة البرلمانية التي لا يجوز إغاؤها من الخضوع للدستور.

وقد كان نص المادة ٦١ المشار إليها، ثمرة تطور تاريخي عميق الجذور، تمثل في حوض رجال الثورة على رفض تدخل المحاكم في القوانين التي تعارض تطبيقها حتى لا تعرقل أعمال الثورة أو إصلاحاتها، فظفروا عليها نظر دستورية القوانين<sup>(١)</sup> وكان القضاء الذين يعارضون القانون، يعتبرون مذنبين بجريمة الغدر<sup>(٢)</sup>.

وقد رفض القضاء الفرنسيون -وعلى نقيض زملائهم الأمريكيين- الفصل في دستورية القوانين. وأيدتهم في ذلك محكمة النقض نفسها، على تقدير أن البرلمان لا يعير إلا عن السيادة الشعبية التي لا تجوز مناقشتها، وأن ذلك هو ما تنص عليه المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٣ من دستور ١٩٩١/٩/٣، والمادة ٢٠٣ من دستور الجمهورية الثالثة.

(٢) دعا الدكتور سمير تناوغ في هجومه على المحكمة الدستورية العليا، إلى محاكمة قضاتها بجريمة الغدر التي تتوافر أركانها في نظره بسبب إبطالهم بعض قوانين الملطمة التشريعية المخالفة للدستور!!..

(٣) توجد استثناءات قليلة على قضاء محكمة النقض الفرنسية. من بينها قضاء الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٣/١٥/١١/١٨٥١.

بيد أن هذه النصوص الحائلة دون تدخل القضاء في أعمال السلطة التشريعية، لم تمنعهم من مراقبة السلطة التنفيذية في قراراتها للتحقق من مشروعيتها. كذلك لم يكن امتناعهم عن تطبيق القانون المناقض للدستور، غير إعمال لوظيفتهم القضائية التي تسلك القواعد القانونية في مدارج مختلفة، يأتي الدستور في قمته.

خامساً: أن القوانين العضوية واللوائح البرلمانية -بما في ذلك لوائح مجلس البرلمان- مبنية في شكل مؤتمر -تعتبر بقوة الدستور، مطروحة على المجلس للنظر في دستورتها<sup>(١)</sup>. ولكن المجلس لا يتدخل في القوانين العادية إلا من خلال طعن يقدم إليه بشأنها.

ولم يكن تحويل حق الطعن في هذه القوانين لستين نائباً أو ستين شيخاً مقراً أصلاً في دستور ١٩٥٨ وقت صدوره. ثم عدل هذا الدستور في ١٠/٢٩/١٩٧٤ ليكتل لهم هذا الحق بقصد تقوية المعارضة البرلمانية، وتوكيد حقها على الاعتراض على القوانين العادية التي يقرها البرلمان بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup>.

سادساً: أن نص المادة ٦١ من الدستور لا يخول المجلس سلطة تقرير وتقرير مسائل تلك التي يحوزها البرلمان. ولكنها تخوله فقط أن ينظر في دستورية القوانين التي تحال إليه وهو ما قرره في ١٥ يناير ١٩٧٥ قائلا:

L'article 61 de la constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du parlement, mais lui donne seulement compétence pour ce prononcer sur la conformité à la constitution des lois déferées à son examen.

سابعاً: لا تشمل الرقابة القضائية للمجلس، الأوامر المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور التي تجيز فقتها الأولى للحكومة -ومن أجل تنفيذ برامجها- أن تطلب من البرلمان الترخيص لها بأن تصدر أوامر تتخذ بها -خلال مدة محدودة- تدابير تدخل بطبيعتها في منطقة القانون. وتنص فقتها الثانية على أن تصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس

(١) قضى المجلس الدستوري الفرنسي ببطال لائحة برلمانية قررت المسؤولية الوزارية في غير الحدود التي نص عليها الدستور، انظر في ذلك قراره في ٢ يويه ١٩٧٩.

(٢) يحظر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس البرلمان بالطعن المقدم في القوانين العادية، وذلك حتى يتمكنوا من التدخل في الخصومة الدستورية.

الدولة، وتتخذ اعتباراً من تاريخ نشرها. وتزول قوتها إذا لم يودع بالبرلمان مشروع قانون التصديق عليها قبل انتهاء مدة التفويض Avant la date fixée par la loi d'habilitation.

وعملاً بفقرتها الثالثة لا يجوز بعد انتهاء مدة التفويض المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة تعديل هذه الأوامر -في مجالاتها التشريعية- بغير قانون<sup>(١)</sup>.

وتعليقاً على نص المادة يقول François Luchaire<sup>(٢)</sup> بأن الترخيص بإصدار الأوامر وفقاً لحكمها، لا يجوز أن يتم بمبادرة من البرلمان. بل يتعين أن تطلبه الحكومة في شكل مشروع قانون بالتفويض يودع من قبلها في البرلمان.

وتظل هذه الأوامر -وإلى ما قبل التصديق عليها من البرلمان- عملاً حكومياً، متخذاً شكل قراراتها الإدارية التي يجوز الطعن عليها أمام مجلس الدولة بمجازة السلطة ولا تتغير طبيعتها هذه بمجرد إيداع قانون التصديق عليها بالبرلمان. ذلك أن هذا الإيداع وإن احتفظ لتلك الأوامر بقوة نفاذها، إلا أن شكلها اللائحي يظل قائماً Un acte de forme réglementaire

فإذا ما صدق البرلمان عليها -صرحاً أو ضمناً- فإن هذه الأوامر تصير عملاً تشريعياً، Acte législative، فلا يجوز الطعن عليها منذ هذا التصديق بمجازة السلطة<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن تلك الأوامر وإن اعتبرت نافذة بمجرد نشرها وطوال فترة سريان القانون المرخص بها، إلا أن مناط استمرار تطبيقها بعد انقضاء فترة التفويض، هو أن يصدر قانون بالتصديق عليها. ويكفي مجرد إيداع مشروع قانون التصديق عليها في البرلمان قبل انتهاء مدة التفويض حتى تحتفظ هذه الأوامر بقوتها.

وقد لا يتدخل البرلمان على الإطلاق لإقرار قانون التصديق، وعلى الأخص إذا لم تكن الحكومة راعية في أن يناقش البرلمان الأوامر التي أصدرتها بالنظر إلى سوء وقعها على مواطنيها.

(١) C.C. 85- 196 D.C., 8 août 1985. R.P. 63.

(٢) Luchaire, commentaire à l'article 38 de la constitution, in. la constitution de la République Française, 2 édition. Economica, p.p. 795- 799.

(٣) C.E. 19 dec. 1969. R.P. 593.

وتلحقاً لتراخي البرلمان في إقرار قانون التصديق -وهو محل الرقابة القضائية الدستورية- قرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن التصديق على هذه الأوامر يعتبر قد تم، ولو كان البرلمان قد أقر قانون التصديق بطريقة ضمنية عبر بها بوضوح عن إرادة التصديق على تلك الأوامر، كما لو عدل البرلمان بعض المواد التي صدر بها الأمر، إذ يفيد هذا التعديل قبوله بباقيها، والتصديق حتماً عليها بالتالي. وفي ذلك يقول المجلس<sup>(١)</sup>:

La ratification peut resulter d'une mainfestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le parlement

وعلى ضوء ما تقدم لا يباشر المجلس الدستوري رقابة إلا على قانون التصديق على الأوامر المشار إليها.

فإذا لم يصدر هذا القانون -ولو ضمناً- فلا شأن لرقابته بتلك الأوامر.

أما إذا صدر ذلك القانون، وكان مخالفاً للدستور، فإن إبطال قانون التصديق، ينال من الأوامر المصادق عليها، ويجعلها في حكم الأوامر التي لم يلحقها تصديق برلماني، ليدخل إبطالها في اختصاص مجلس الدولة بوصفها عملاً إدارياً<sup>(٢)</sup>.

(١) C.C. 86- 224 D.C., 23 janv. 1987, R.P. 8.

(٢) Lauchaire, Commentaire à l'article 61 la constitution, in la constitution de la Republic Française, Economica, 2 edition, p. 1117.

### المبحث الثالث

#### الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها

٣١٥- كانت هذه الرقابة اختيارية في مشروع دستور ١٩٥٨. ثم صار أمر الفصل في دستوريته قبل تطبيقها - على ضوء الصيغة النهائية للدستور - وجوبيا.

بيد أن خضوعها للرقابة القضائية الجبرية قبل تطبيقها، لا يعنى مباشرة هذه الرقابة في شأنها بصفة تلقائية. ذلك أن تحريكها لا يكون إلا من خلال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ اللذين فوضهما الدستور في ذلك الاختصاص، فلا يترخصان إلا في اختيار وقت عرضها للمراجعة القضائية، وإن كان تأخرهما في عرضها مؤداه بالضرورة تأخر تطبيقها. ذلك أن اللوائح البرلمانية - على ما تنص عليه المادة ٦١ من الدستور - لا يجوز تطبيقها قبل الفصل في دستوريته.

وفي تطبيق نص المادة ٦١ المشار إليها، يقصد باللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن كُـل من الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ في نطاق التنظيم الداخلي لثنونهما، كالقواعد التي يقرانها في شأن كيفية إدارة الحوار في جلساتها، وحقوق أعضائهما في مجال توجيه الأسئلة إلى الوزراء واستجوابهم ومساءلتهم، وغير ذلك من شئون الأعضاء كتأديبهم. ولا يدخل في نطاق اللوائح البرلمانية، الضوابط التوجيهية التي لا تظهر فيها، والتي يقصد بها مجرد تنظيم أسلوب العمل في اللجان البرلمانية.

ذلك أن مناط المراجعة القضائية لتلك اللوائح هو صدورها فعلا عن الجمعية الوطنية، أو مجلس الشيوخ. *Le règlement adopté par l'une ou l'autre assemblée.* ويندرج كذلك في مفهوم اللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن هاتين الجمعيتين منعقدتين في شكل مؤتمر للنظر في مراجعة الدستور<sup>(١)</sup>.

ومواء تعلق الأمر باللوائح البرلمانية الصادرة عن أحد المجلسين التشريعيين، أو عنهما معاً منعقدتين في شكل مؤتمر، فإن الرقابة القضائية على دستوريته، تنسم بصرامتها ويظنتها. ذلك أن

(١) C.C. 63- 24 D D . 20 dec. 1963, R.p. 16.

المجلس الدستوري يتحقق من مطابقتها ليس فقط لكل قاعدة ذات قيمة دستورية L'ensemble des elements composant le bloc de constitutionnalité وإنما كذلك للقوانين العضوية<sup>(١)</sup> وللتدابير التشريعية التي تتخذ وفقا للفقرة الأولى من المادة ٩٢ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

Les mesures legislatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'art. 96 de la constitution.

ليس هذا فقط بل إن اللائحة البرلمانية التي يقضى بمخالفتها للدستور؛ يتعين أن تُعَد ضابغتها الجمعية التي أصدرتها، سواء كانت هي الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ، آخذة في اعتبارها مضمون قرار بطلانها لمخالفتها للدستور.

وعلى رئيسها أن يعرض مشروع اللائحة في صورتها الجديدة مرة ثانية للمراجعة القضائية<sup>(٣)</sup>.

وسواء أبطل المجلس الدستوري اللائحة الجديدة أو وجه البرلمانين إلى طرائق تطبيقها<sup>(٤)</sup>. فإنهم يتقيدون بقرار المجلس رغم إيمانهم بأن اللوائح البرلمانية لا تنظم غير شئونهم الداخلية التي يفترض استقلالهم بها.

والرجوع إلى قضاء المجلس في شأن اللوائح البرلمانية فصلا في دستورها، يدل على حرصه -وفي إطار سياسته القضائية La politique jurisprudentielle- على صون حقوق البرلمانين في مواجهة الحكومة؛ وضمان امتيازاتها قبلهم. ولم يقبل المجلس بالتالي، محاولة البرلمانين تحويل أنفسهم مزايا حرمهم الدستور منها. أو تقرير اختصاص لهم يجاوز الحدود التي أنشأها الدستور لهم بها. كتوسيعهم من اختصاص لجان التحقيق والمراقبة البرلمانية<sup>(٥)</sup>.

(١) C.C. 59- 2 D.C. 24 juin 1959, R.p. 58; C.C. 59- 3 D.C., 24 et 25 juin 1959, R.p. 61; C.C. 61-19. D.C., 31 juil. 1962. R.p. 19; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٢) C.C. 8 juil 1966 R.p. 15

يلاحظ أن التدابير التشريعية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٩٢ هي اللازمة لسير المؤسسات لتمكينها من مباشرة وظائفها، وتتخذ هذه التدابير في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة. وتصدر هذه التدابير بمراسيم تكون لها قوة القانون.

(٣) C.C. 59- 4 D.C., 24 juil 1959 R.p. 63.

(٤) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1959 R.p. 15.

(٥) C.C. 66- 28 D.C., 8 juil 1966. R.p. 15; C.C. 72- 48 D.C. 28 juin 1972, R.p. 17.

Commissions d'enquête et de contrôle ومساعدتهم الحكومة في غير الأحوال المنصوص عليها في الدستور<sup>(١)</sup>. أو تقييدها بزمان معين تنكلى فيه ببيان<sup>(٢)</sup>، أو إلزامها بأولوياتهم التي يحدون بها المسائل التي يناقشونها في جلساتهم<sup>(٣)</sup>.

وكما قاوم المجلس محاولة البرلمانين الانقضاض على حقوق الحكومة وامتيازاتها قبلهم، فقد حرص بالقوة ذاتها على إجهاض كل محاولة للحكومة تتوخى بها خفض الوظيفة البرلمانية بما يزيد من قسوة القيود التي فرضها الدستور عليها. وفي هذا الإطار كفل المجلس للبرلمانيين الحق في تكوين تجمعاتهم السياسية داخل البرلمان<sup>(٤)</sup>، وحفظ الطبيعة الشخصية لأصواتهم<sup>(٥)</sup>، وصان لهم الحق في تعديل لوائحهم على نحو يمكنهم من أداء أعمالهم البرلمانية بطريق أفضل<sup>(٦)</sup>. فبلا تمنعهم الحكومة بالمخالفة لنص المادة ٤٤ من الدستور، من تعديل مشروع القانون المعروض عليهم<sup>(٧)</sup> ولا يقيد البرلمانون حق رئيس الجمهورية في الدخول في معاهدة دولية والتصديق عليها؛ ولا حق للحكومة في توجيه سياستها القومية وتصريفها.

ولم يعد صحيحاً اليوم ما كان يقال من قبل من أن أثر اللوائح البرلمانية على تسيير الشئون السياسية، يفوق أثر الدستور في توجيهها<sup>(٨)</sup>.

ذلك أن المجلس يخضعها لرقابته الصارمة لضمان تقييدها بالدستور، وهو يشكل بذلك صورة للعمل البرلماني يكون بها منطقياً.

(١) C.C. 59- 2 D.C., 17. 18, 24 juin 1959. R.p. 58 et 61; C.C. 59- 37 D.C. 20 nov 1969. R.p. 15.

(٢) C.C. 72- 48 D.C., 28 juin 1972. R.p. 17; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٣) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1969. R.p. 15.

(٤) C.C. 71- 72 D.C., 18 mai 1971, R.p. 15.

(٥) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov. 1969, R.p. 15.

(٦) C.C. 88- 245 D.C., 18 oct 1988. R.p. 153.

(٧) C.C. 90- 278 D.C., 7 nov 1990, R.p. 19.

(٨) Eugène Pierre. Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, no 445.



### المبحث الرابع

#### للمراقبة القضائية على صحة العضوية البرلمانية

٣١٦- يتكون البرلمان في فرنسا من كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. وهما مجلسان تشريعيان يتعدان أحياناً في شكل مؤتمر يجمعها للنظر في تعديل الدستور.

وكان لكل من هذين المجلسين -والى ما قبل العمل بدستور ١٩٥٨- الحق في أن يفصل منفرداً في صحة عضوية أعضائه، وأن يقرر بالتالي بطلانها أو ثبوتها، لا بناء على ضوابط قانونية موحدة لا نزاع فيها، وإنما وفق معايير تغلفها السياسة بأهوائها وتقرضها متطلباتها.

ولم تكن هذه المعايير غير شكل من أشكال الرقابة الداخلية التي تقرضها السلطة التشريعية على نفسها. ويتأثرها بوسائلها، لتقرر على ضوءها من يعتبرون من أعضائها ووفق مقاييسها الشخصية ودوافعها المستترة التي تظاهر بها ليس فقط أنصارها؛ بل كذلك خصومها إذا أوزنتها الحاجة إليهم حتى تستقطبهم إلى جانبها، فلا يصوتون لغير الأغلبية البرلمانية تنفيذاً من جهتهم لاتفاقاتهم الجانبية معها؛ وإعمالاً لتسوية ارتضوها جمعتهم بها فيما وراء الكواليس، فلا تكون إلا صفقة غير معلنة تنهزم بها القيم، وتعلو معها المصالح النفعية على ما سواها، بما يحور إرادة هيئة الناخبين.

٣١٧- ولأن معايير كل من هذين المجلسين في الفصل في صحة عضوية أعضائهم، تحكمها وتوجهها العوامل السياسية -وتتدرج المصالح الحزبية تحتها- فقد كان منطقياً أن تتعارض تطبيقاتها حتى في حالتين متماثلتين بالنظر إلى أهمية العضو المطلوع في صحة عضويته.

وذلك جميعها مأخذ خطيرة على الفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية. وقد تجنّبها دستور ١٩٥٨ بما نص عليه في المادة ٥٩ من اختصاص المجلس الدستوري دون غيره، بالفصل في صحة عضوية أعضاء البرلمان إذا أثير نزاع بشأنها.

Le conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

٣١٨- ولم يعهد دستور ١٩٥٨ لمجلس الدولة الفرنسي بولاية الفصل في العضوية بالنظر إلى الطبيعة السياسية التي تفتضاها، ولأن البرلمان ما كان ليقبل برقابة على صحة العضوية البرلمانية بتولاها مجلس الدولة الذي ساء ظن البرلمان به منذ الحقبة للنايولونية.

وينبغي أن يلاحظ في شأن الرقابة القضائية التي يفرضها المجلس الدستوري على الطعون الانتخابية البرلمانية، ما يأتي:

أولاً: أن المجلس لا يباشر هذه الولاية إلا بعد انتهاء العملية الانتخابية البرلمانية، وليس قبلها. وهو لا يتدخل في شأن يتطرق بها إلا إذا نوزع في صحتها.

بما يفاير بين حدود ولايته هذه، والولاية التي كان يباشرها البرلمان في شأن العضوية قبل صدور دستور ١٩٥٨. إذ كان لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اختصاص الفصل بقوة القانون في العملية الانتخابية التي تتعلق به بكامل أجزائها، وبالنسبة إلى أعضائه جميعهم، وهو م.م. جبر نزاع في شأنها.

ثانياً: أن المجلس لا يفصل في صحة العضوية إلا إذا قدم طعن بشأنها من أحد الناخبين أو أحد المرشحين.

Le Conseil ne peut être saisi que par un électeur ou par une personne ayant fait acte de candidature.

على أن يكون مفهوماً أن المقيد في جداول الدائرة الانتخابية المطعون في صحة انتخاباتها. يعتبرون ناخبين. ويدخل في إطار المرشحين ليس فقط من قبل طلب ترشيحهم بتسجيله، ولكن كذلك هؤلاء الذين لم تقبل السلطة المختصة طلبهم بالترشيح حتى يتسنى لهم تجريح قرار هذه السلطة. ولا يعتبر مرشحاً من لم يملأ أوراق الترشيح بعد حصوله عليها من السلطة المختصة<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: لا يجوز أن يفصل المجلس في طعون غير مستوفية لشكلتها. وهي تكون كذلك إذا لم تكن موقعا عليها أو كانت لا تعرض وقائعها بصورة كافية، أو تُجهل بأسبابها<sup>(٢)</sup>، أو كان

(١) C.C. 22- mars 1973, R.p. 59; C.C. 26 Juillet 1968, R.p. 34; C.C. 7 Nov. 1968, R.p. 14;

C.C. 13 Nov 1970, R.p. 51; C.C. 12 Dec 1958, R.p. 82; C.C. 13 dec. 1970 R.p. 51.

(٢) C.C. 88- 1121, 13 juil, 1988, R.p. 118; C.C. 88-1053. 13 juil. 1988, R.p. 103.

موضوعها لا يقتصر على الطعن في صحة العضوية البرلمانية. ويتعين بالتالى أن يقدم الطعن بأكر قدر من التحديد حتى لا ينصرف إلى الطعن في العملية الانتخابية برمتها، أو إلى النواب والشيوخ جميعهم، أو إلى نتيجة الاقتراع في مدينة بأكملها<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن الطعن لا يكون مقبولاً، ما لم يحدد الطاعن بصورة قاطعة اسم من ينازع في صحة عضويته من أعضاء البرلمان؛ والدائرة الانتخابية التي أعلن فوزه فيها، وأن يكون مقصده من الطعن، إبطال نتائجها<sup>(٢)</sup>. على أن المجلس يقبل الطعن في مشروعية مرسوم الدعوة إلى الاقتراع على المرشحين باعتباره طلباً عارضاً تابعاً لطلب أصلى، هو المنازعة في فوز عضو في دائرة انتخابية بذاتها<sup>(٣)</sup>.

خامساً: لا ينظر المجلس في غير الطعون التي تودع طلباتها خلال مهلة الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة الانتخاب، وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٥٨. ولا تقبل بالتالى للطعون الانتخابية التي تودع قبل بدء سريان هذا الميعاد.

سادساً: وفي الحدود المتقدم بيانها، يختص المجلس بالفصل النهائي في كل خلل يشوب العملية الانتخابية في كافة مراحلها، ولو كان الفصل في صحة مرحلة منها، مما يدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى.

Le Conseil peut trouver des irrégularités dans toutes les opérations conduisant à l'élection, même si ces opérations peuvent faire l'objet d'autres recours.

ومن ثم يفصل المجلس نهائياً في كافة التدابير المؤثرة في العملية الانتخابية حتى مع التسليم بأن للسلطة القضائية اختصاص الفصل في صحة القيد بالجدول الانتخابية. ذلك أن تحويل هذه الجداول، يؤدي بالمجلس إلى إبطال العملية الانتخابية ذاتها. وتطبق هذه القاعدة نفسها بالنسبة إلى اختصاص المحكمة الإدارية بالفصل في كل خلل ينطرق إلى عملية تسجيل المرشحين. ذلك أن قرارات المحكمة الإدارية في هذا الشأن، يجوز استئنافها أمام المجلس الدستوري<sup>(٤)</sup>.

(١) C.C. 88- 1038, 13 juil 1986, R.p. 96; C.C. 27 avril 1978, R.p. 59.

(٢) C.C. 24 mai 1963, R.p. 78; C.C. 17 mai 1978, R.p. 88; C.C. 8 Janv. 1963, R.p. 41.

(٣) C.C. 88- 1030, 21 juin 1988, R.p. 80.

(٤) C.C. 2 Juin. 1967, 11 Juillet 1967 et 27 Janv. 1972.

ذلك أن المجلس يفصل -وبمقتضى المادة ٤٤ من الأمر الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧- فسى كافة شئون العملية الانتخابية التى لها صلة بالطعن، وكذلك فى الدفوع المتعلقة بها. وهو بذلك القاضى الوحيد فى هذه الشئون، وفقا لنص ٥٩ من الدستور<sup>(١)</sup>.

ولأن المجلس يفصل فى هذه الطعون -وعلى ما تنص عليه المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧- بما يحيط بكل مسائلها ودفوعها؛ فإن مفهوم المسائل الأولية التى تحيلها جهة قضائية إلى غيرها، وتتركب حكمها فيها، لا يتحقق فى الطعون الانتخابية التى يختص المجلس دون غيره بالفصل فى كافة جوانبها.

ومع ذلك أخرج المجلس من ولايته، نوعين من الدفوع<sup>(٢)</sup>.

• دفوع يوجهها الطاعن إلى قانون قائم أثر فى العملية الانتخابية، ويتوخى بها إبطال هذا القانون لمخالفته الدستور. ذلك أن المجلس يتقيد بالقانون المعمول به أيا كان محتواه. ويؤسس المجلس ذلك على أنه يفصل فى الطعون الانتخابية البرلمانية، باعتباره قاضيا، وليس قاضيا للفصل فى دستورية القوانين عن طريق دفع فرعى يوجه إليها Par voie d' exception. وكان أولى بالمجلس أن يفصل فى دستورية كل قانون يؤثر فى سير العملية الانتخابية، وأن يستند فى ذلك إلى المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧ التى تخول المجلس ولاية النظر فى كافة المسائل والدفوع التى ترتبط بالطعن.

( ) طبقا لهذه المادة، يفصل المجلس الدستورى الفرنسى -فى حالة المنازعة- فى السير المنتظم لانتخابات التواب والتشيخ.

<sup>(٢)</sup> C.C. 88- 1046, 21 oct 1988. R.p. 161.

هذا وينتقد Dominique Rousseau هذا الاتجاه ويقرر أنه كان أولى بالمجلس أن يفصل فى دستورية القوانين التى يطعن عليها بطريق الدفع إذا كان لها من أثر على سير العملية الانتخابية، وأن يركن فى ذلك إلى نص المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧ التى تخول المجلس النظر فى كافة المسائل والدفوع التى ترتبط بالطعن. ص ٢٩٩ من المرجع السابق.

• **دفع غايتها الطعن في أثر تدخل رئيس الجمهورية في تحويل نتيجة العملية الانتخابية** بعد انتهائها. وكان يجب على المجلس أن ينظر في أثر تدخل رئيس الجمهورية في شئون العملية الانتخابية، وعلى الأخص من خلال الضغوط التي يكون قد باسرها لصالح أحد المرشحين<sup>(١)</sup>.

**ثامنا:** لا يقبل المجلس الطعون الانتخابية التي تقدم بعد انقضاء العشرة أيام التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية<sup>(٢)</sup>، ولا الطعون التي تقدم إلى البرلمان. بل يتعين تقديمها إلى أمانة المجلس أو إلى العمدة. وفيما يتعلق بالأقاليم الواقعة فيما وراء البحار، إلى من يتولى شئون الحكم فيها.

ويعتبر غير مقبول بالتالي كل طعن يقدم إلى رئيس المجمع الانتخابي لأعضاء مجلس الشيوخ أو إلى رئيس الجمعية الوطنية<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز بعد انقضاء الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية -وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في المادة من الأمر الصادر ١١/٧-١٩٥٨- أن يحور الطاعن من مضمون طعنه الأصلي، وإن جاز أن يفصل أسبابه ويطورها.

**تاسعا:** لا يفصل المجلس في غير نزاع يتعلق بصحة عضوية نواب الجمعية الوطنية، أو أعضاء مجلس الشيوخ **بما مؤداه:**

• إذا تم الانتخاب على دورتين، فإن النزاع حول صحة العملية الانتخابية، لا يجوز أن يقتصر على دورتها الأولى، وإن جاز الطعن على سير العملية الانتخابية في هذه الدورة وصولاً لإبطال ثانيتهما<sup>(٤)</sup>.

(١) علا ينص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسي، لا يجوز مساءلة رئيس الجمهورية عن الأعمال التي ياتلها أثناء مناصره لوطبقته، إلا في حالة الخيانة العظمى Qu'en cas de haute trahision وتصل محكمة العدل العليا La haute cour de justice في هذه المسؤولية أو تخلفها، انظر في اختصاص المجلس في الفصل في الطعون الانتخابية تعليق لوشير على نص المادة ٥٩ من الدستور الفرنسي.

Lauchaire, commentaire à l'article 59 de la Constitution, in la Constitution de la Republique Française, 2e edition, Economica pp.1101-1106

(٢) C.C. 88 - 1121, 13 Juillet. 1988, R.p. 118.

(٣) C.C. 88- 1033, 13 Juil. 1988, R.p. 89.

(٤) C.C. 88- 1040/1054 13 Juil. 1988, R.p. ٧7

• أن المجلس لا يفصل في نزاع قدم إليه من أحد المرشحين، إذا كان ما يتوخاه هو الحصول على جزء من الأموال التي أنفقها في الحملة الانتخابية بعد حصوله على الحد الأدنى من الأصوات في الدائرة التي خاض انتخاباتها.

ويقول Luchaire في ذلك، إن قضاء المجلس حول هذه النقطة في طريقه إلى التطور. ذلك أن المجلس نظر في أحيان كثيرة في طعون لا تتغيا تجريح صحة العضوية، ولكنها تقتصر على طلب المرشح إعادة فرز الأصوات في الدائرة الانتخابية التي دخل معركتها للتحقق من حصوله على ٥% من الأصوات "معمطة فيها"، بما يخوله في النهاية حق الحصول على جزء من مصروفاته التي أنفقها خلال الحملة الانتخابية. وفي قرارين أصدرهما المجلس أولهما في الأول من يونيو ١٩٧٣ وثانيهما في ٧ نوفمبر ١٩٨٤، رفض طلبين من هذا القبيل، ملاحظاً أن المرشح لم يرم عملية فرز الأصوات بخطاءً شائها، وهو ما يدل ضمناً على أن المجلس قد ينظر في الطلب إذا وجد هذا الخطأ<sup>(١)</sup>.

عاشرا: ويحق للمجلس إجراء تحقيق في شأن الكيفية التي أُديرَت بها العملية الانتخابية في الدائرة محل الطعن؛ ويخطر الطاعن وخصمه بنتيجة هذا التحقيق، ولهما أن يبديا ملاحظاتهما كتابة في شأنه، وخلال ثلاثة أيام من إخطارهما بنتيجة التحقيق. وتقف إجراءات الطعن إذا تخلى الطاعن عن طعنه دون اعتراض من المضمن عليه. ولا يعتبر نزولاً عن الطعن مجرد عنه رد الطاعن على المذكرة التي قدمها المطعون ضده.

حادي عشر: ليس للطعن في العملية الانتخابية أثر موقوف Effet suspensif وإنما يظل عضو البرلمان المنازع في صحة عضويته -وإلى أن يقرر المجلس المستوي بطلانها- قائماً بوظيفته، وممتنعاً بكافة الحقوق التي تخولها العضوية إياه. فإذا أبطل المجلس عضويته، تعين إخطار البرلمان بذلك لإجراء مقتضى هذا الإبطال.

ثاني عشر: مودى الطبيعة القضائية للطعن في العملية الانتخابية، مواجهة الخصوم في الطعن الانتخابي بعضهم لبعض، وكذلك تكافؤ أسلحتهم، على نحو يحول كلا منهم أن يمثل بمجلم يتولى الدفاع عن موكله كتابة لا شفاهاً. ومن المفترض في الطعن أن يقدم كتابة إلى المجلس، وأن

(١) Luchaire. ibjd, pp.1103.

يكون للعضو المطعون في صحة عضويته، حق الرد على صحيفة الطعن، ولخصمسه أن يعقب على رده، وذلك كله خلال المواعيد التي يحددها الأمين العام لهذا المجلس. ولطرفي الطعن، حق الاطلاع على كافة الأوراق التي تتصل بالعملية الانتخابية، بما في ذلك أقوال وزير الداخلية.

ثالث عشر: ويبطل المجلس نتيجة العملية الانتخابية أو يصححها. وهو لا يبطل العملية الانتخابية في أجزائها المطعون عليها، إلا إذا كان سيرها بالمخالفة للقانون، منتها إلى تغيير نتائجها.

وهو بذلك يركز على مصداقيتها La sincérité du resultat، أكثر من تركيزه على القيم الخلقية التي دارت العملية الانتخابية في إطارها.

وقد حمل ذلك المجلس على أن يضمن قراره الفاصل في الطعن، المآخذ التي ارتأها على العملية الانتخابية، والتي لا يصل مداها إلى حد إبطالها. وهو ما يعني أن تظل كثيراً من نصوص القانون الانتخابي بغير جزاء، كذلك التي تحظر مجاوزة الدعاية للحدود المنصوص عليها في هذا القانون.

وما إذا كان مقيداً في القوائم الانتخابية<sup>(١)</sup>. ويفصل المجلس في الطعون الانتخابية البرلمانية بمراعاة أمرين:

أولهما: تحديد الأعمال التي رماها الطاعن بالتأثير في العملية الانتخابية.

ثانيهما: تقرير ما إذا كان لهذه الأعمال من الأثر على العملية الانتخابية بما يسوغ إبطالها.

ومن قبيل الأعمال المؤثرة في العملية الانتخابية، طريقة تنظيمها وكيفية إجرائها بشرط أن يكون عوارها جسيماً بما يخل بمصداقيتها، وينال من حق الاقتراع، سواء بالنظر إلى درجة الأهمية التي بلغت مثاليها؛ أو على ضوء تنوعها، وتعدد صورها.

وعلى الطاعن أن يقيم الدليل على أوجه مخالفة العملية الانتخابية لضوابطها، وإن تعذر عليه أحياناً أن يبرهن بالتحديد الكافي على صور العوار التي أصابته، كالتدليل على ما وقع في هذه

(١) C.C. 19 dec. 1968, p.15g.

العملية من ضغوط، وما أحاطها من دعاية كاذبة، أو مشينة وجهها أحد المرشحين لمنافسيه حتى يفوز من دونهم.

وليس أمام الطاعن بالتالي، إلا أن يقدم من القرائن، ومن الحقائق الجزئية التي تتضامم إلى بعضها البعض، ما يؤكد دعواه.



### المبحث الخامس

#### الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية

٣١٩- التصديق على المعاهدة عمل تعبر به الدولة عن القبول بأحكامها ولا يكفي لسويتانها في حقها مجرد توقيعها عليها. وإنما يكون التصديق على المعاهدة تالياً لتوقيعها وواقعاً في الأجل التي عينها. وبه تدخل المعاهدة في مرحلة التنفيذ.

ويصدق رئيس الجمهورية على المعاهدة -وباعتباره مسؤولاً عن إدارة الشؤون الخارجية وتوجيهها في مستوياتها الأعلى- ولو لم يكن قد تفاوض عليها. وهو لا يلتزم بالتصديق عليها ولو كان قد وقعها.

وكثيراً ما يتولى رئيس الجمهورية عملية التفاوض على المعاهدة الدولية، وعلى الأخص في الهامة منها. وقد يوقعها ثم يصدق عليها من خلال وثائق التصديق *Lettres de ratification* التي تدل على القبول بالمعاهدة، والتعهد بتنفيذ أحكامها.

وترفق نصوص المعاهدة ذاتها بأوراق التصديق عليها، أو الانضمام لها. بيد أن انفردا رئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدة، صار اليوم من خصائص النظم الأوتوقراطية *Les regimes autoritaires* التي كانت قائمة في بعض الدول كالإيران قبل ١٩٤٨ وألمانيا النازية وكذلك النظم الديكتاتورية المعاصرة.

وصار للبرلمان اليوم دور في التصديق<sup>(١)</sup>، وعلى الأقل بالنسبة إلى أنواع بذواتها من المعاهدات الدولية، هي التي حددها الدستور حصراً. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي من أن التصديق على المعاهدة أو إقرارها لا يجوز بغير قانون إذا كان موضوعها يتعلق بالسلم أو بالتجارة وكذلك إذا تعلق موضوع المعاهدة أو الاتفاق الدولي بتنظيم دولي، أو بغرض أعباء على مالية الدولة، أو بتعديل نصوص من طبيعة تشريعية، أو بحلالة الأشخاص، أو بالتنازل عن إقليم، أو بإبدال إقليم بإقليم، أو ضم إقليم إلى غيره. ففي هذه الأحوال

(١) من ذلك ما ينص عليه الدستور الأمريكي من وجوب حصول رئيس الجمهورية على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ *With the advice and consent of the senate* قبل الدخول في المعاهدة.

I Lne prennent effet أو إقرارها أو التصديق عليها أو إقرارها أو التصديق عليها  
-qu' après avoir été ratifiées ou approuvés

ولا يعتبر خروج القانون على اتفاق أو معاهدة دولية، خروجاً على الدستور. (١) ذلك أن المعاهدة الدولية إما أن تكون في مرتبة القانون، وقد تعلق القانون، إلا أن مرتبتها لا تصل إلى قوة الدستور (٢).

وفي فرنسا -وعلا بنص المادة ٥٤ من الدستور- يختص مجلسها الدستوري بمراجعة دستورية المعاهدة، إذا قدم إليه طلب بذلك من رئيس الجمهورية، أو من الوزير الأول، أو من رئيس الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ.

بيد أن حق الطعن على دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، لم يعد مقصوراً على هؤلاء الأشخاص بعد تعديل الدستور الفرنسي في ١٩٩٢/٦/٢٥.

وإنما صار لمتين نائباً أو لمتين شيخاً حق الطعن في دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، شأنهما في ذلك شأن المعاهدة أو الاتفاق الدولي في ذلك، شأن القوانين غير العضوية من حيث تساويها قيم لهم حق عرضها على المجلس للفصل في دستورتها. وعلا بنص الماد ٥٤ مسن الدستور، إذا عرض أمر معاهدة أو اتفاق من طبيعة دولية على المجلس للفصل في دستوريته، ثم تبين لهذا المجلس مخالفة شرط أو بند في المعاهدة أو الاتفاق لأحكام الدستور؛ فإن قانون التصديق عليها أو إقرارها، لا يجوز أن يصدر إلا بعد تعديل الدستور.

وقد دل التطبيق العملي لنص المادة ٥٤ من الدستور قبل تعديله في ١٩٩٢/٦/٢٥، على أن السلطينتين الوحيتين اللتين عرضتا المعاهدات الدولية على المجلس للفصل في دستوريتهما، كانتا رئيس الجمهورية والوزير الأول، رغم مسئوليتهما عن التفاوض على المعاهدة وتراضيهما على أحكامها، مدفعين في ذلك أحيانا برغبتهما في تقليم أظافر المعارضة، وإجهاض محاولتها وصم

(١) C.C. 74- 54 D.C., 15 janv. 1975, 19; C.C., 89- 268 D.C., 29 dec 1989, R.p. 110.

(٢) تنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التي تم إقرارها أو التصديق عليه، يكون لها من وقت نشرها قوة تعلق القانون بشرط التحفظ بتطبيقها من قبل الطرف الآخر.

Sous réserve, pour chaque accord au traité, de son application de l'autre partie.

المعاهدة المعروضة على البرلمان، بمخالفة الدستور؛ وحرمانها بالتالي من فرصة نقضها، ولضمان تمريرها في النهاية بعد أن يؤكد المجلس دستوريته، سواء في الأسس التي تقوم عليها، أو على صعيد نطاق تطبيقها، أو أغراضها.

وليس في الدستور الفرنسي نص يحدد ميعاداً حتمياً لا يجوز بعدد انتقائيه، أن يتدخل المجلس للفصل في دستورية المعاهدة؛ وإن كان من المفترض أن يراجعها بعد توقيعها وقبل تصديق البرلمان عليها؛ وذلك كلما كان هذا التصديق موقوفاً على قرار المجلس بمطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وثمة فوارق رئيسية بين الرقابة التي يباشرها المجلس على دستورية القوانين العادية وفقاً لنص المادة ٦١ من الدستور، وتلك التي يمارسها في شأن دستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من هذا الدستور. وهي فوارق تظهر من النولح الآتي بيانها:

أولاً: أن مهلة الشهر المنصوص عليها في المادة ٦١ من الدستور للفصل في دستورية القوانين العضوية والعادية، والتي يجوز إنقاصها إلى ثمانية أيام في حال الاستعجال، لا مقابل لها في نص المادة ٥٤ من الدستور التي يفصل بمقتضاها في دستورية المعاهدة. وليس من الجائز قياس الصورة الثانية على الصورة الأولى، وإخضاع دستورية القوانين والمعاهدات الدولية لمهلة واحدة، يفصل خلالها المجلس في دستوريته. ذلك أن حتمية الميعاد تفترض وجود نص صريح بها.

ثانياً: أن المراجعة القضائية لدستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من الدستور، لا تقتصر على بعض نصوصها. وإنما يفصل المجلس في دستورية أحكامها جميعها من تلقاء نفسه D'office.

ولا كذلك القوانين العادية. ذلك أن المجلس لا يفصل كأصل عام في غير دستورية النص القانوني المطعون فيه، وإن ترخص في النظر في كافة أحكامه، إذا اقتصر الطعن على بعض أجزائه.

ثالثاً: إذ يفسر المجلس نصوص القوانين المطعون عليها تفسيراً قضائياً فإنما يقيد بذلك السلطنين التشريعية والتنفيذية اللتين صنعنا القانون، أو نقومان بتنفيذه. ولا كذلك المعاهدة الدولية

ذلك أن أطرافها يختصون بتحديد مضمونها. وليس أمام المجلس بالتالي غير خيار وحيد هو أن يقرر -على ضوء هذا المضمون- مطابقتها أو مخالفتها للدستور.

رابعاً: أن المجلس لا يوجه قراره بعدم دستورية المعاهدة إلى المشرع، بل إلى السلطة التأسيسية التي يدعوا لتعديل الدستور وفق أحكام المعاهدة.

وهو في ذلك لا يعطيها أية نصيحة حول كيفية إجراء التعديل، ولا ينبهها حتى إلى أحكام المعاهدة المخالفة للدستور.

ذلك أن السلطة التأسيسية سيّدة نفسها. وهي التي تحدد خياراتها في الكيفية التي يعدل بها الدستور بما يوفق أحكامه مع المعاهدة. وكلّمتها في ذلك هي العليا. وعلى المجلس أن ينزل على قرارها حتى لا يتهم بتحوّله إلى حكومة من القضاة.

ولا كذلك القوانين التي يقرّ مخالفتها للدستور، إذ يوجه المجلس قراره في هذا الشأن إلى المشرع. ويبين في منطوق قراره، النصوص التي اعتورها البطلان، ويفصح في أسبابه عن الكيفية التي يعدل بها القانون حتى يطابق الدستور.

ذلك أن خضوع المشرع للدستور قاعدة مطلقة لا استثناء منها. ويعمل المجلس على ضمان هذا الخضوع وتوكيده. وكان منطقياً أن يوجه المشرع إلى الطريقة التي يصحح بها خطأه.

خامساً: ويتعلق الفارق الأخير بين عدم دستورية المعاهدة وعدم دستورية القانون، في أثر الحكم بعدم الدستورية. ذلك أن قرار المجلس بعدم دستورية قانون، مؤداه ألا يصدر إلا بعد أن يعمله المشرع بما يوفق أحكامه مع الدستور. ولا يعدل المشرع غير النص المناقض للدستور.

وإلى أن يعدل المشرع ذلك النص، ويصدره رئيس الجمهورية، ليس ثمة نص قانوني يجوز تطبيقه قانوناً.

ونقيض ذلك قرار المجلس بعدم دستورية المعاهدة. ذلك أن هذا القرار لا يلغيها أو يزيل وجودها. فالمعاهدة المخالفة للدستور لا تعدل، ولكن الذي يعدل هو الدستور. وفي هذا الإطار قرر

المجلس أن قانون التصديق على معاهدة الاتحاد الأوروبي L'union européenne لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور<sup>(١)</sup> (Ne peut intervenir qu' après la révision de la constitution).

مبدأ: ويصل المجلس -وعملاً بنص المادة ٥٤ من الدستور- في دستورية كل تعهد دولي. وهو تعبير وإن كان مشوباً بالغموض؛ إلا أن كل اتفاقية دولية مما ورد حصراً بنص المادة ٥٣ من الدستور<sup>(٢)</sup>، تندرج في إطار التعهد الدولي، وتشملها ولاية المجلس الذي يقرر ما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية مما يجوز التصديق عليها أو إقرارها بقانون، أم أن تعديل الدستور يتعين أن يكون سابقاً على صدور هذا القانون.

فإذا لم تكن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تقتضى تدخل البرلمان للتصديق عليها، أو لإقرارها بقانون؛ فإن المراجعة القضائية التي يتولاها المجلس تنحصر عنها.

(١) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 3e édition, pp. 167- 169.  
(٢) تنص المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات المتعلقة بالمنع أو بالتجارة وكذلك المعاهدات أو الاتفاقيات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو التي ترتب التزامات مالية على الدولة، أو التي تعهد نصوصاً من طبيعة تشريعية أو التي تتعلق بحالة الأشخاص، أو التي تشمل على تنازل عن الإقليم أو تبادل أو إسالة للإقليم، لا يجوز التصديق عليها أو الموافقة عليها بغير قانون. ولا يكون لها من أثر قبل هذا التصديق أو تلك الموافقة.

### المبحث السادس

#### الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري

٣٢٠- ثار التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري، هيئة قضائية دستورية. وهو تساؤل يطرح جدلاً فقهيًا حول طبيعته التي لا يعنى الدستور بالخوض فيها، دالا بذلك على أن ما ينبغي التركيز عليه، هو حقيقة المهام التي يتولاها؛ والوسائل التي ينتهجها في تحقيق الأغراض التي يقوم عليها.

ومن ثم كان الجدل حول هذا الموضوع حوارًا بالكلمة بقصد الإقناع بوجهة نظر معينة أيا كان حظها من الصواب.

وإذا أردنا أن نخوض مع الخاضعين من الفقهاء؛ فإن تعمق حججهم يقودنا إلى اتجاهين رئيسيين أحدهما يقول بالطبيعة القضائية لهذا المجلس؛ وثانيهما: يراه من طبيعة سياسية؛ فلنتأمل إذا ما يقولون، ونديره بأنفسنا على حكم العقل، لنصل إلى ما نراه صوابًا من أقوالهم.

### المطلب الأول

#### القاتلون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس

٣٢١- يستند هؤلاء إلى أن المجلس يفصل فيما يطرح عليه من أوجه النزاع، على ضوء قواعد قانونية يستخلصها وينزلها عليه De dire le droit.

وهو يعمل لتحقيق سيادة الدستور من خلال الفصل فيما يدعي به من تعارض بين القانون والدستور، وبين معاهدة دولية والدستور؛ أو بين لائحة برلمانية والدستور.

١

فلا يتحول بوجهه عن القاعدة الأعلى التي يمثلها الدستور، على تقدير أن كلمته هي العليا.

وكلما عرض نزاع على المجلس مما يدخل في ولايته، فصل فيه في إطار من تكافؤ الفرص بين الخصماء، سواء في ذلك من يؤيدون النصوص المطعون عليها، أو من ينتقدونها وحتى في الأحوال التي لا يتوافر فيها عنصر النزاع، كالفصل في دستورية القوانين العضوية قبل إصدارها؛ واللوائح البرلمانية قبل تطبيقها؛ فإن العملية العقلية التي يجريها المجلس في مجال تقييم

هذه القوانين وتلك اللوائح؛ هي ذاتها التي يستدعيها في الطعون التي تقدم في شأن القوانين العادية، والتي يعرضها عليه الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ وجميعهم ذوو مصلحة. في إبطال النصوص القانونية التي يعارضونها.

وليس أدل علي الصفة القضائية للمجلس، مما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي من أن النصوص التي يقرر المجلس عدم دستوريتها، لا يجوز إصدارها.

### المطلب الثاني

#### القانون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس

٣٢٢ - والقائلون بالطبيعة السياسية - لا للقضائية - للمجلس<sup>(١)</sup> يفسرون ذلك بأن الطريقة التي يشكل بها؛ وطبيعة المهام التي يتولاها؛ تنفي عنه الصفة القضائية. وقال آخرون بأن المجلس من طبيعة سياسية - قانونية - *Organ - politico-juridique* وأنه يفصل فيما يدخل في ولايته من المسائل من زاوية قانونية؛ ومن وجهة تقدير سياسية<sup>(٢)</sup>.

#### ويؤسس هؤلاء وهؤلاء رأيهم علي ما يأتي:

١. أن الطبيعة السياسية للمجلس هي النتيجة الحتمية والمنطقية لطريقة تكوينه ذلك أن أعضائه يعينهم سياسيون يحتلون في مناصبهم، أعلى مستوياتها.

وليس شرطاً في أعضاء المجلس أن يكونوا مؤهلين قانوناً لتولي المهام التي ينهضون بها. وإنما هم رجال سياسة تولوا وظائفهم في المجلس بصفاتهم هذه، أو علي الأقل عينهم فيه لصنفهم لهم من السياسيين.

٢. أن هؤلاء الأعضاء لا يراقبون فقط دستورية القانون - وهو التعبير الأعلى عن الإرادة السياسية - ولكنهم يتدخلون - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مباشرة السلطة التشريعية بما يجعلهم شركاء فيها.

(١) Bernard Chenot, le domaine de la loi et du règlement, P.U.A.M., 1978, P.178; le Conseil Constitutionnel, Académie des Sciences Morales et Politiques, 9 Dec., 1985.

(٢) Paul Coste - Floret, Débats et Avis du C.C.C., doc. Fr, 1960, p.57.

ذلك أن إصدار القانون إجراء تتم به العملية التشريعية وتصل إلى خاتمته. وإذ يفصل المجلس في دستورية القوانين قبل إصدارها، فإن تدخله في العملية التشريعية قبل اكتمال حلقاتها التي لا يمتها إلا إصدار القانون، يكون ثابتاً بغیر نزاع، وعلي الأخص علي ضوء ما هو مقرر من أن إصدار القانون، يظل موقوفاً إلى أن يفصل المجلس في دستوريته.

وكان منطقياً بالتالي ما قرره المجلس من أن رئيس الجمهورية إذ يعيد قانوناً إلى السلطة التشريعية لقراءته مرة ثانية بعد أن حكم المجلس بعدم دستوريته، فإن تصويتها علي القانون بعد إحالته إليها علي هذا النحو، لا يكون تصويماً علي قانون جديد، وإنما هي مداخلة تشريعية في ذات عملية إقرار القانون، وفي مرحلة تكميلية ناجمة عن الحكم بعدم دستوريته<sup>(١)</sup> ومن ثم تتم في ذات المرحلة الإجرائية للعملية التشريعية القائمة *la procedure legislative en course*. أفلا يقع المجلس داخل نطاقها...!!

٣. أن المجلس يلعب دوراً حقيقياً في عملية صناعة القانون. ذلك أن تدخله إما أن يبلور شكلاً من أشكال الضغط على السلطة التشريعية، وإما أن يهيئها إلى ما يكون صواباً في العملية التشريعية. وهو ما دعا الوزير الأول Michel Rocard إلى أن يطلب من معاونيه من الوزراء، بذل كل جهد من أجل تنقية القوانين التي يقدمون مشروعاتها إلى المجلس، من شوائبها الدستورية، حتى ولو كان احتمال عرضها عليه ضئيلاً<sup>(٢)</sup>.

٤. إن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تتوافر فيها ثلاثة شروط:

أولها: أن تباشر للفصل في دستورية قوانين قائمة معمول بها *A posteriori* من أجل فوض جزء علي مخالفتها للدستور؛ وثانيها: وقوع ضرر بالطاعن من جراء سريان النصوص المطعون عليها في حقها؛ ثالثها: أن تباشرها محكمة خاصة أو محكمة من محاكم القانون العام.

ولا كذلك المراجعة القضائية التي يبشرها المجلس، والتي لا تتعلق بقوانين قائمة، وإنما بقوانين لم تصنر بعد *A priori*.

(١) C.C.85-197.D.C..23 août 1985,R.P.70

(٢) مشار إلى هذا الكتاب النوري الصادر عن الوزير الأول إلى وزاونه في ص ٥٢ من الطبعة الثالثة من المؤلف Domonique Rousseau السابق الإشارة إليه.



وهي كذلك رقابة علي مجموع نصوص القانون، ولا تنحصر بالتالي في تلك التي حدها الطاعن.

والمصلحة في هذا الطعن هي محض ضمان سيادة الدستور التي لا شأن لها بالمصلحة الشخصية للطاعن<sup>(١)</sup>.

٥. أن المجلس يقوم بخلق القانون وتلك عملية سياسية لا نزاع فيها، ويتعذر فصلها عن عملية تطبيق القانون. ذلك أن تطبيق قضاء الشرعية الدستورية لوثائق الحقوق والدستور، يفترض تفسيرها. وتلك عملية خلق وإبداع.

٦. أن فصل مسائل القانون عن السياسة قلما يتحقق في مجال الرقابة على دستورية القوانين. ذلك أن النظر في القانون، لا يتم من المفهوم الشامل للتجرد والحيادة؛ ولا هو قراءة في الفراغ لأحكامه؛ ولا هو تصور موضوعي لها لا يختلط بالمفاهيم الشخصية لهؤلاء الذين أفروه.

وكل نشاط قضائي يتدخل فيه بالضرورة عوامل سياسية، ويتأثر كذلك بالقيم التي ينحاز القضاء لها، والتي يحدون من خلالها تلك المبادئ التي يمنحونها قيمة دستورية.

فلا يكون عملهم مجرد ترديد لنصوص القانون؛ ولا لنصوص وثائق إعلان الحقوق؛ ولا حتى للدستور القائم. ذلك أن هذه النصوص جميعها لا تنطق من تلقاء نفسها بمضمونها. ولكنها تحمل في إعطافها معاني متعددة يواجهها قضاء الشرعية الدستورية، ويختارون واحدا من بينها في إطار وظيفتهم القضائية<sup>(٢)</sup>. وإن وجب القول بأن كل تفسير للنصوص القانونية، ليس محض عملية قانونية، وإنما هو انضمام من قضاء الشرعية الدستورية -ولو بغير وعي منهم- إلى القيم التي يفضلونها، وإلى البدائل التي ينحازون إليها. فلا يكون للنص بعد تفسيره، غير المضمون الذي ألحقه هؤلاء القضاء به. ولئن صح القول بأنهم يتقيدون في كل تفسير بقراراتهم السابقة،

(١) Patrich Juillard, l'aménagement de l'article 61 de la Constitution, R.D.P.1974, p 1703.

(٢) وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي أن للحكومة أن تحصل على تفويض من البرلمان لاتخاذ تدابير تشريعية تكفل بها تنفيذ برنامجها؛ وأن هذا التفويض يجوز، ولو لم يكن البرلمان قد وافق على هذا البرنامج. ذلك أن كلمة 'برنامج' المخصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور، تختلف في معناها عن كلمة 'برنامج' التي نقابلها في نفس المادة ٤٩ من الدستور. R.P.31, du 12 Janu. 1977, C.C 76 - 72 D.C.

ويُتَحَدَّثُ الفقهاء لقضائهم ويرد فعل أحكامهم على الطبقة السياسية، وبمزاج الرأي العام والحالة التي يكون عليها؛ إلا أن عوامل التأثير هذه من طبيعة سياسية أكثر منها قانونية، وهى تفرض نفسها بطريقة مشابهة على السلطة التشريعية ذاتها.

### المطلب الثالث

#### ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية

٣٢٣- على أن الطبيعة القانونية للمجلس يكشفها:

أولاً: أن الرقابة التي يفرضها لضمان الشرعية الدستورية تقتضى النظر قضائياً في قواعد ما بقصد تأصيلها والتخريج عليها، وتحولها إلى قانون بمعنى الكلمة، متلماً تفعل المحاكم القضائية في إرسائها لقواعد القانون المدني. وهو ما نراه كذلك مجلس الدولة الفرنسى فى بناء قواعد القانون الإدارى.

وقد صار للمحاكم الدستورية جميعها الوزن الأكبر فى الدول التى أنشأتها - لا لأنها تطبق الدستور بصورة جامدة؛ ولكن لأنها تنقل إليه مفاهيم جديدة، وصوراً من التطوير متعددة بكاد يصبح الدستور فى كنفها، غير الدستور فى الصورة التى ظهر بها أول الأمر. وما كان هذا الشكل الجديد للدستور ليتحول إلى شكل ملزم لولا قوة الأمر المقضى التى يكتسبها قضاء الجهة القضائية التى تتولى فرض الشرعية الدستورية.

وربما كان المرجفون الذين يقولون بطبيعتها السياسية، لا ينفون غير الانقضااض عليها، وتقويض حجية قراراتها، وإيهام الآخرين بأنها لا تعمل إلا على المسرح السياسى، وفى إطار الحلبة السياسية التى توجهها الأهواء وتتحكم فيها.

وفاتهم أن الاعتبار الأهم، ليس هو النظر فى الحالة التى كان عليها المجلس حين أنشئ، وإنما تحليل الصورة التى آل إليها من خلال اجتهاده.

والفقهاء فى غالبيتهم يرون أن المبادئ التراكمية التى كفلها هذا المجلس، فى مجال رقابته للدستورية، كان لها -وبالنظر إلى كثرتها وعمقها- أكبر الفضل فى توجيه المشرع إلى ما يعتبر صواباً فى فهم الدستور، وإلى التأثير فى عملية صناعة القانون ذاتها. ولا حاجة بعد ذلك فى القول بالطبيعة السياسية أو القضائية لنشاط المجلس.

### المطلب الرابع

#### ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها

٣٢٤- وسواء كان المجلس جهة قضاء، أم كان حلقة في الموازن السياسية، فإن السلطة السياسية التي أنشأته، كان يعنىها أن يظل في الظلام؛ وأن يكون دوره خافتاً، وصوته همساً، وكأنه يعمل بين موتى في المقابر، خاصة إذا كانت السلطة التنفيذية هي مركز الثقل في موازن القوة في الحلبة السياسية. فلا يراقبها قضاء الشريعة الدستورية في تصرفاتها المخالفة للدستور.

وحتى داخل السلطة القضائية ذاتها، فإن محاكمها قد تنتظر بتحفظ كبير واسترابة عميقة، إلى جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها كيان دخيل عليها، ووافد جديد لا يجوز أن يقوض عرشها حتى تحتفظ لنفسها بدورها كهيئة تتولى تقليدياً- وبصورة فعلية- ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم.

وزاد من صعوبة الأمر، أن إنشاء المجلس الدستوري، كان يمثل ردة عن مفاهيم تقليدية أساسها أن السيادة للقانون؛ وأن البرلمان هو خير تعبير عن إرادة الجماهير؛ وأن لكل سلطة شرعيتها التاريخية أو الديمقراطية، فيما خلا هذا المجلس الذي نظرت إليه فرنسا منذ عام ١٩٥٨، باعتباره مجرداً من هاتين الصورتين من صور الشرعية.

ذلك أن نصوص دستور ١٩٥٨ وحدها؛ هي التي حدثت ولايته بصورة ضيقة. والذين ألفوه توقعوا أن يكون مجرد منظم للروابط بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

فضلاً عن أن الاتجاه العام في فرنسا، كان يعارض القبول بتكوين خاص ينفرد بالمراجعة القضائية لدستورية القوانين.

بيد أن هذه الاتجاه، لم يثن المجلس عن المضي قدماً في مباشرة ولايته وتعميقها إلى أن تسنم ذراها في عام ١٩٩٠.

وخلال هذه الفترة؛ كان عمل المجلس قائماً على التحوط والمثابرة وتحقيق التوازن، مؤكداً من جديد -ومن خلال قراراته- أن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تنمرد على السلطة التي أنشأته، وتجاوز توقعاتها.

٣٢٥- وكانت نقطة البداية في توجه المجلس، هي تركيزه على أن ولايته منحصرة في الحدود التي يفدها الدستور بها<sup>(١)</sup>.

La constitution a strictement délimité la compétence du conseil constitutionnel

ومن ثم رفض المجلس إيداء آراء استشارية لأية جهة<sup>(٢)</sup> ولم يقبل كذلك الفصل في دستورية القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء تأسيساً على أن القوانين التي تدخل في ولايته هي فقط تلك التي وافق البرلمان عليها؛ وأن القوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام، تعتبر تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية، ولا تشملها ولايته بالتالي<sup>(٣)</sup>.

وقد كان موقفه في ذلك حكماً حتى لا يدخل في صراع مع السلطة التنفيذية التي كانت تمثل في هذا الوقت مركز القوة في النظام السياسي القائم<sup>(٤)</sup>.

وظهر المجلس بذلك كهيئة حذرة تحوط فيما تفصل فيه، وتولي احترامها لنصوص الدستور وللشرعية الديموقراطية.

بيد أن المجلس انتقل بعد ذلك من الأناة إلى الإقدام، فخول البرلمان الحق في أن يشرع فيما وراء حدوده المنصوص عليها في المادة ٣٤ من الدستور<sup>(٥)</sup>، متخذاً من مواد الدستور، ومن نصوص إعلان ١٧٨٩، ومن ديباجة دستور ١٩٤٦، سنداً لقضائه، ومنتهياً إلى اختصاص

(١) C.C. sep. 1961, R.p. 55.

(٢) يعارض هذا الاتجاه فرانسوا لوشير فقلنا بأن من الأفضل أن يبشر المجلس ولايته قبل لا بعد.  
François lauchaire: Saisir, le conseil avant plutôt qu' après, le Monde du 23 août 1985.  
(٣) C. C. 61- 20 D.C., 6 nov., 1962, R.p. 27.

(٤) كان الشعب الفرنسي قد صوت في الاستفتاء على قانون يجعل انتخابات رئيس الجمهورية بطريق الاقتراع العام المباشر. وقد طعن رئيس مجلس الشيوخ على هذا القانون مستنداً في ذلك إلى الفقرة ٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ إلا أن المجلس رفض الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية. وهو ما اعتبره بعض الفقهاء عملاً حكماً حتى لا يثير حفيظة رئيس الجمهورية -وهو في هذا الوقت الجنرال ديغول المهيمن- إلى حد إفقائه لوجود المجلس ذاته.

(٥) تحدد هذه المادة، المجال المحجوز للقانون.

البرلمان وحده بكافة المسائل التي ترتبط عقلاً بالمجال المحجوز للقانون، أو التي تستهض تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهي حق شديد الاتساع<sup>(١)</sup>.

فضلاً عما قرره في ٣٠ يوليو ١٩٨٢ من أن احتواء قانون أقره البرلمان على نصوص لائحية، لا يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، وإن تعين إخراج هذه النصوص من مجال تطبيق ذلك القانون<sup>(٢)</sup>.

ثم قفز المجلس خطوة جريئة نحو آفاق بعيدة. وذلك حين كفل بقراره في ١٦ يوليو ١٩٧١ حرية الاجتماع، وقرر أن الحق في تكوين الجمعية ينبغي أن يكون حراً، وأن تعليق صحتها على قرار سابق -إدارياً كان أم قضائياً- لا يجوز.

وقد أحال المجلس في تأسيس هذه القاعدة، إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل بدورها إلى إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦<sup>(٣)</sup>.

ولئن كان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر هذه القاعدة ذاتها في ١١ يوليو ١٩٥٦<sup>(٤)</sup>، إلا أن فضل المجلس الدستوري في شأنها يتمثل في القيمة الدستورية التي خلصها عليها؛ وفي أنه صار يخوض فيما وراء نصوص الدستور ذاتها، وينظر بالتالي في ديباجة الدستور والوثائق التي تحيل إليها.

وقد استطاع -ومن خلال هذه الاستراتيجية التي أخطتها- أن يمد بصره إلى آفاق جديدة لا نهاية لها، وأن يتخذها مدخلاً لتقرير حقوق لا نص عليها في الدستور كذلك التي تتعلق بحرية الاجتماع.

وليس أدل على تلك القوة الهائلة من أن المجلس كان إلى ما قبل إصداره لقراره المتعلق بحرية الاجتماع والحق في تكوين الجمعية بالإرادة الحرة -وهو القرار الصادر في ١٦ يوليو

(١) C.C. 65- 34 L., 2 juil. 1965, R.p. 75; C.C. 73- 51 D.C., 26 dec., 1973, R.p. 25; C.C. 73- 80 L., 28 nov 1973, R.p. 54; C.C. 69- 55 L., 26 juin 1969, R.p. 27; C.C. 82- 142 D.C., 27 juil, 1982, R.p. 52.

(٢) C.C. 82- 143 D.C., 30 juil 1982, R.p. 57.

(٣) C.C. 71- 44 D.C., 16 juillet, R.p. 29.

(٤) C.E., 11 juil 1956, Amicables des Annamités de Paris, R.p. 317.

٣٢٦- لا ينظر في غير الشكل الخارجى للقانون المنازع فيه La regularité externe de la loi؛ ولا يفصل بالتالى في غير الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه، والتى يندرج تحتها الكيفية التى وزع الدستور بها الاختصاص بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية.

وأما بعد صدور هذا القرار، فإن مضمون القانون أو حقيقة محتواه Le contrôle interne صار كذلك محلاً للمراجعة القضائية<sup>(١)</sup> مما أتاح لهذا المجلس أن يباشر بصورة مطردة ومتساعدة، رقابة لا تنقيد بالمفاهيم التقليدية، ولكنها تنتقل منها إلى مفاهيم تغايرها فى نوعيتها، ليظهر المجلس فى النهاية كهيئة لها وزنها، ولا يتصور تجاهلها؛ تفرض رقابتها على البدائل التى اختارها المشرع Le choix du législateur.

واتساع المراجعة القضائية للبدائل التى يختارها المشرع، كان نقطة البداية فى استقلال المجلس عن السلطة التنفيذية التى كان يعينها دوماً أن تفرض من خلال المشرع، خيارها السياسى التى تؤمن مصالحها.

٣٢٧- وقد ازداد دور المجلس تعاضداً بعد تعديل نص المادة ٦١ من الدستور فى ١٠/١٩٧٤<sup>(٢)</sup> بما يخول ستين نائباً أو ستين شيخاً، حق الطعن فى نصوص القوانين العادية قبل إصدارها.

وقد تم هذا التعديل بمبادرة من الرئيس جيسكار دستان الذى أعلنه فور انتخابه فى رسالة وجهها إلى البرلمان، متوخياً بها تأكيد الطبيعة الليبرالية لنظام الحكم من خلال دعم حقوق المواطنين وحرياتهم.

(١) لم يكن قرار المجلس الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٧١ يبلور خطأ فاصلاً بصورة قاطعة بين الرقابة على العيوب الشكلية من جهة والعيوب الموضوعية من جهة أخرى. ذلك أن المجلس فصل قبل هذا التاريخ فى عيوب موضوعية كتلك التى تتعلق بمخالفة القانون لقاعدة عدم حرز عزل القضاة. وهى القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٦٤ من الدستور. ولكن الجديد فى تطور المجلس هو الانتقال النوعى فى مجال الرقابة من مفاهيم محدودة إلى مفاهيم شاملة.

(٢) انعقد مجلس البرلمان فى شكل مؤتمر وأدخل تعديلاً على المادة ٦١ من الدستور بالأغلبية المطلوبة. وهى ثلاثة أحرص أصوات الأعضاء الحاضرين.

وكذلك تعديل وإعادة تشكيل الروابط بين الأغلبية والمعارضة. وقد كان مشروع التعديل -في صورته الأولى- متضمناً الاقتراحين:

أحدهما: أن يتولى المجلس من تلقاء نفسه، الفصل في دستورية القوانين التى يظهر لـه إخلالها بالحريات العامة التى يكفلها الدستور.

Des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la constitution.

وثانيهما: أن يكون لعدد من البرلمانيين الطعن فى القوانين التى يقرها البرلمان.

إلا أن الأغلبية البرلمانية والمعارضة على حد سواء لم تقبلا بالاقتراح الأول بالنظر إلى ما تصوره من أنه يخول المجلس فرض نوع من الوصاية على أعمال البرلمان.

وأما الاقتراح الثانى، فقد قبل بعد نقاش مرير حول عدد البرلمانيين الذين يخولهم الدستور النفاذ إلى المجلس الدستورى للطعن فى دستورية القوانين.

وأياً كان الأمر، فإن التعديل -فى الصورة التى آل إليها- برهن على القوة المتصاعدة التى صار المجلس يحتلها، والوزن الكبير للمكانة التى حظى بها، والتى لم يعد معها شمة محل للنظر فى إلغائه وجوده أو خفض ولايته.

ومن ثم كان الحرص على دعمها علامة فارقة فى تاريخه، خاصة وأن المعارضة -ومنذ إقرار التعديل- لم تأل جهداً فى أن تحمل إلى المجلس، القوانين التى تقدر مخالفتها للدستور.

وهى بموقفها هذا تعلن لجموع المواطنين عن عزمها على إرساء الشرعية الدستورية بكل الوسائل القانونية التى تعارض بها سياسة تشريعية قائمة، حتى إذا تحقق لها الفوز فى نعيها على القانون مخالفته للدستور، دل ذلك على مصداقيتها، وأنها لم تقصد مجرد تجريخ الأغلبية البرلمانية لأغراض حزبية، بما يعزز مكانتها، ويزيد من اطمئنان المواطنين إليها فيمنحونها ثقمتهم.

ولم يكن لجوء المعارضة إلى المجلس خياراً لها تأخذ به أو تطرحه. ذلك أن انتقادها بعض القوانين أثناء مناقشتها فى البرلمان، كان يلزمها بالتوجه إلى المجلس للفصل فى دستورتيتها، وإلا صار تعيبها لها ملوناً بالأغراض السياسية.

وكثيراً ما مضى المجلس بالمطاعن التي غلفتها الأهواء السياسية، وقرر في وضوح أن المراجعة القضائية التي يباشرها لا تتوخى تعويق السلطة التشريعية، أو تعطيل مباشرتها لوظائفها، وإنما ينحصر هدفها في ضمان اتفاق القوانين التي تقرها مع الدستور<sup>(١)</sup>.

وكان الفقهاء كذلك أحد العوامل المؤثرة في نشاط المجلس، كلما كان سعيهم لتطويره مودع إلى انفتاح آفاق جديدة لاجتهاداتهم التي يقومون فيها بتحليل قضاء المجلس من منظور القيم الجديدة التي كفلها، والمفاهيم الدستورية التي أرساها، والحقوق التي تستنبط منها، ومن أن الدستور صار وثيقة قانونية تفرض منطقتها على فروع القانون جميعها<sup>(٢)</sup>.

ومنذ أن أصدر المجلس قراره في ١٦ يولييه ١٩٧١ في شأن حرية الاجتماع، نظرت الصحافة إلى المجلس باعتباره ملاذاً أخيراً للشرعية الدستورية، وصمام أمن في مواجهة طغيان السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومناراً لطرائقهم في العمل، ولم يكن دور الصحافة في ذلك محدوداً.

(١) C.C. 85- 197 D.C., 23 aout 1985, R.p. 70.

(٢) Louis Favoreau. L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs 1980, no. 13, p. 23.



### المبحث السابع

#### لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا

٣٢٨- كان الرئيس فرانسوا ميتران قد أعلن في ١٤ يولييه ١٩٨٩ -وأمام رجال الصحافة- عن اعتقاده بضرورة تعديل الدستور بما يخول كل مواطن حق الطعن في دستورية القوانين إذا قدر إخلاله بحقوقه الأساسية *S'il estime ses droits fondamentaux méconnus*.

وقد حرص مشروع التعديل على ضمان تحقيق الرقابة القضائية اللاحقة من خلال مبدئين:

أولهما: الطعن غير المباشر في القوانين بعد العمل بها. ثانيهما: التصفية الثانية للدفع بعدم دستوريته *La saïaine indirecte et un double filtrage*.

ففيما يتعلق بالطعن غير المباشر في القانون، لم يخول مشروع التعديل كل شخص -طبيعياً- كان أم معنوياً، وطنياً أم أجنبياً، من القطاع العام أو الخاص- حق اللجوء مباشرة إلى المجلس للطعن في دستورية قانون بعد صدوره. وإنما يتعين أن يكون هذا الطعن من المسائل الأولية التي يرتبط الفصل فيها بالفصل في نزاع قائم إذا قدر القاضي تطبيق هذا القانون فيه.

ومن ثم كان حق الطعن مكفولاً لكل شخص كان طرفاً في نزاع يبغى الفصل فيه من خلال وسيلة دفاع جديدة يبدئها، ويؤمن بها حقوقه الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، سواء أقر البرلمان هذا القانون قبل أو بعد ١٩٥٨.

وقد دل مشروع التعديل بإحالته إلى حقوق الشخص الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، على أن مضمون القانون هو محل النعي، وأن الأشكال التي يجب أن يفرغ القانون فيها، وكذلك مجاوزة ضوابط الفصل بين المجال المحجوز لكل من القانون واللائحة، يتعين استبعادها من نطاق الرقابة القضائية اللاحقة.

وفيما يخص تصفية الدفع بعدم دستورية القوانين على مرحلتين، فإن البين من مشروع التعديل أن أولهما تتم أمام المحاكم العادية في الأعم من الأحوال<sup>(١)</sup> التي يتعين عليها أن تتحقق

(١) عملاً بمشروع التعديل، يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة التحقيق أو أمام جهة الحكم إدارية كانت أو قضائية.

من أن القانون المدفوع بعدم دستوريته، يرتبط بالنزاع المعروض عليها؛ ومن أن المجلس الدستوري لم يكن قد قضى من قبل بمطابقة هذا القانون للدستور؛ ومن أن المناعي الموجهة إلى القانون لها وجهتها، فلا تبدو مفكرة إلى أسسها بصورة واضحة *Ne parâit pas manifestement infondée*.

فإذا ظهر للمحكمة تحقق هذه الشروط جميعها، كان عليها أن تحيل المسائل الدستورية التي أثارها الدفع المطروح عليها، إما إلى مجلس الدولة أو إلى محكمة النقض على ضوء طبيعة هذه المسائل، وما إذا كانت تدخل في اختصاص هذه الجهة أو تلك.

وتصل كل من هاتين الجهتين في حدود ولايتهما - في الدفوع بعدم الدستورية المحالة إليها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر.

فإذا بان لها جديتها *Le caractère sérieux*، أحالتها إلى المجلس الدستوري ليقرر خلال ثلاثة أشهر كذلك صحة القوانين المطعون عليها أو مخالفتها للدستور.

فإذا قرر مطابقتها للدستور، فإنها تستعيد قوة سريانها التي كان الدفع قد أوقفها. فإن كان قرار المجلس هو مخالفتها للدستور، تعين الامتناع عن تطبيقها.

٣٢٩- وقد كان لمشروع التعديل بعض المزايا أهمها عدم إيقال كاهل المجلس بطعون لا طائل وراءها، ولا فائدة منها بالنظر إلى خلوها من العناصر التي تكفل جديتها.

فلا تعطل الدفوع بعدم الدستورية عمل المجلس، ولا تعتبر عبئا على إجراءات التقاضي، خاصة على ضوء ما قرره المشروع من وجوب الفصل في هذه الدفوع خلال الأجل القصيرة التي عينها. فضلا عن ضمان استقرار المراكز القانونية بالنظر إلى سريان قضاء المجلس بـأثر مباشر، فلا يكون رجعياً في أثره.

٣٣٠- على أن مشروع التعديل أثار ردود فعل حادة بين المعارضين للرقابة اللاحقة، وكان هذا المشروع كذلك معيباً من مناح متعددة أهمها:

١. أقام مرحلتين لتصفية الدفوع بعدم الدستورية؛ إحداهما قاضي الموضوع؛ وأخرهما محكمة أعلى هي محكمة النقض أو مجلس الدولة اللذين يختصان وحدهما - وبصفة نهائية - بتقنية الدفوع بعدم الدستورية فصلاً في جديتها.

٢. أن القضاة الذين يقدرون جدية الدفوع بعدم الدستورية في هاتين المرحلتين، إنما يفصلون بطريقة غير مباشرة في مسائل دستورية، ولو من وجهة مبدئية.

٣. أن محكمة النقض ومجلس الدولة، قد يتفاوتان في ميلهما إلى إحالة المسائل الدستورية إلى جهة الرقابة على الدستورية، فقد تكون إحداهما أقل رغبة في ذلك. وقد يعمدان كلاهما إلى تفويض فرص اتصال هذه الجهة بتلك الدفوع.

٤. أن مشروع التعديل يقضي بأن المسائل الدستورية التي فصل فيها المجلس الدستوري عن طريق الرقابة السابقة، لا يجوز طرحها من جديد من خلال الرقابة اللاحقة.

وهو ما قد يدفع البرلمانيون إلى الطعن في كل القوانين قبل إصدارها توكياً لعرضها من جديد - من خلال الدفوع بعدم الدستورية - على هذا المجلس.

٥. أن المعارضة البرلمانية قد تتخلى بنفسها وبارادتها عن الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها حتى توفر للمواطنين فرص النبل بصفة مباشرة من الأغلبية البرلمانية من خلال الدفوع بعدم الدستورية التي يبدونها بعد العمل بالقانون.

وأياً كان مضمون هذا التعديل، فقد انتقده بعض الفقهاء ورجال السياسة الذين تحفظوا عليه. بل وعادوه لضمائنه الرقابة اللاحقة التي يعارضونها ولا يقبلون بها؛ ولأن المواطنين قد يحركون الرقابة اللاحقة بعد سنتين من صدور القانون، بما يخل باستقرار المراكز القانونية ويجعل الآثار التي رتبها القانون قبل الحكم بعدم دستوريته، ركاساً.

فضلاً عن أن الرقابة اللاحقة - في صحيح صورتها - يستحيل مزاجتها بالرقابة السابقة، ولا أن يعملوا معها. ذلك أن تماسكهما منفرد، وتعايشهما غير متصور.

فالقانون الواحد قد تطهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم -مسن خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان. وهو ما يعنى تأكلها وأن يقتصر مجال عملها على القوانين التى لم تتناولها الرقابة السابقة.

وحتى وإن قيل بجواز الطعن في القوانين التي طهرتها الرقابة السابقة، فإن القانون الواحد يتغير مصيره تبعاً لنوع الرقابة التي تتصل به، وفي المرحلة الزمنية التي تقع فيها. فلا يكون للقانون الواحد صورة واحدة لا تتبدل، بل ينتقل من الصحة إلى البطلان، أو من البطلان إلى الصحة.

٣٣١- ولكن المؤيدين للمشروع استنفروا كل حجة يرون صوابها في الدفاع عن حق الشخص في الطعن في دستورية القوانين. وساقوا لذلك براهين حاصلها أن الرقابة اللاحقة تكمل الرقابة السابقة، وتسد بالتالي فراغاً قائماً في الرقابة على الشرعية الدستورية، وأن فضلها على الرقابة السابقة، يتمثل في أن مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، تتحل في حقيقتها إلى رقابة مجردة لا شأن لها بالآثار المترتبة على تطبيقها، أو هي في أحسن الفروض رقابة على القوانين قبل إصدارها مع تصور آثار تطبيقها واحتمالاته.

كذلك قد تطهر الرقابة السابقة القانون في مجموع أحكامه، ثم تظهر مخالفة بعضها للدستور من خلال تطبيقها؛ إما لسريانها في أحوال لم تتوقعها السلطة التشريعية، أو بتخيلها الجبهة التي تباشر الرقابة السابقة؛ وإما لأن القواعد الدستورية التي كانت تحكم هذه النصوص، قد طرأ عليها نوع من التطور أخرجها عن الصورة الأولى التي كانت لها.

وبعبارة موجزة، فإن تطبيق القوانين عملاً -لا تخيل صور تطبيقها- هو الذي يتيح أفضل الفرص لسبر أغوارها. فلا يكون الحكم بدستوريته أو مخالفتها للدستور، مجانباً الحق في الأعم من الأحوال.

أما الرقابة السابقة، فإن ضمانها لحقوق الأفراد وحيرياتهم، غير كامل، لأنها لا تواجه بالجزاء صوراً من تطبيق القوانين المعمول بها تصادم بها مع الدستور.

ويعيبها كذلك أن الذين يملكون تحريكها هم الطبقة السياسية التي يمثلها رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو متون نائباً أو متون شيخاً.

وهذه الطبقة السياسية قد تتضمن فيما بينها من خلال تحالفاتها واتفاقاتها السرية والجانبية واهتماماتها السياسية، أو لغير ذلك من العوامل. فلا تَطْعَنُ في القوانين قبل إصدارها بالرغم من عيوبها الدستورية الخطيرة والواضحة، بما يعطل الرقابة على الدستورية لتواطئها على إيراد أبوابها. ولا ضمان بالتالي لمواجهة حالة الحصار هذه التي يحال بها بين جهة الرقابة ومباشرة مهامها، غير تقرير حق كل مواطن في إثارة الرقابة اللاحقة على القوانين.

ذلك أن المواطنين لن يترددوا في تجريح قوانين يرون مخالفتها للدستور، ويقدرُونَ أن تطبيقها خلا من كل جزاء يردّها إلى صوابها. فلا تخالطهم نوازع السياسة وسوءاتها. إذ هم أحرص من غيرهم على تقويم اعوجاجها من خلال نظرة محايدة لمضمونها.

كذلك فإن الرقابة السابقة على القوانين التي يباشرها المجلس الدستوري تنسم بتسرعها، إذ عليه أن يفصل في دستوريّتها خلال ثلاثين يوماً، أو بما لا يجاوز ثمانية أيام في أحوال الاستعجال، فلا يكون سيره لأغوارها، محيطاً بجوانبها.

فضلاً عن أن الرقابة السابقة تعصم القوانين التي طهرتها من فرض رقابة لاحقة عليها للفصل في دستورية أحكامها بعد العمل.

بل إن الرقابة السابقة تخول القائمين على تنفيذ القوانين المحكوم بدستوريّتها، الحق في تطبيقها بالطريقة التي يرونها. ومن ثم تتعدد تأويلاتها على ضوء الزاوية التي ينظر منها كل منهم إلى هذه القوانين. فلا يعطيها غير المعاني التي يستصوبها بعد أن أطمأن إلى نفعها بقوانين لم يعد يجوز لسلطة نهائية أن تقصرها، وأن تحكم عليها بعد تفسيرها لها.

وتلك عيوب تتجرد منها الرقابة اللاحقة، التي لا يتقيد الفصل في دستوريّتها بعد العمل بها بمدة جامدة حددها الدستور سلفاً، ولا بطبقة سياسية يكون بيدها وحدها حق النعي عليها بعدم الدستورية، حتى وإن جاز القول بأن المعارضة - على الأكل في الدول الديمقراطية - يعنيها ألا

تظل القوانين المعيبة قائمة، ولها بالتالي سمن خلال الرقابة السابقة على هذه القوانين - مصلحة محققة في تنفيذها من شوائبها.

٣٣٢- على أن مشروع تعديل الدستور الذي يخول الشخص حق الطعن غير المباشر فسي القوانين المعمول بها، لم يظفر بالأغلبية البرلمانية المطلوبة لإقراره؛ ويقر بالتالي في مهده.

### الفصل العشرون

#### الرقابة القضائية اللاحقة A posteriori أو القلمعة Repressif

##### أولاً: مضمون الرقابة اللاحقة وأهدافها

٣٣٢- ويقصد بها الرقابة على القوانين بعد إصدارها، سواء كان القانون المطعون عليه معمولاً به في دولة بسيطة، أو صادراً في دولة مركبة. وهي بعد رقابة غابيتها ضمان سيادة الدستور في كل الأوقات، فلا تنقيد مباشرتها بزمان دون آخر. وهي كذلك ضمان لحقوق الأفراد وحرياتهم من خلال فرضها على المملكتين التشريعية والتنفيذية لو بعد العهد على العمل بالقانون المطعون فيه.

ولئن قيل بأن صون سيادة الدستور وحقوق الأفراد وحرياتهم، هو ما تتوخاه كذلك الرقابة السابقة A prior، إلا أن هذه الرقابة عيبها أن كثيرين ينظرون إليها باعتبارها رقابة سياسية فسي طبعيتها<sup>(١)</sup> وإن آجالاً قصيرة تحيطها، وأن الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها قبل إصدارها، يتعين أن يتم خلال آجال قصيرة، تخفض في حالة الاستعجال، فلا تتوافر لجهة الرقابة، المهلة الكافية لإمعان النظر فيها.

وهي بذلك رقابة لا تسبر أغوار هذه النصوص، ولا تتعمق جوانبها، حتى وإن ظل القائلون المطعون عليه على ضوئها، موقوفاً إلى حين الفصل في دستوريته.

كذلك أن توجد الرقابة اللاحقة إلى جانبها. ذلك أن الرقابة السابقة تستنفد كل مراجعة قضائية للقوانين محلها، فلا يعاد النظر في دستوريها من جديد بعد العمل بها، بما يجعل هاتين الرقابتين غير متصورتين Inconciliable واحتمال تعارضهما قائماً.

فضلاً عن أن تسليط الرقابتين السابقة واللاحقة على النصوص القانونية ذاتها، يحمل فسي ثابهاً مخاطر الفصل في مشروعيتها الدستورية على ضوء معايير مختلفة، خاصة وأن الرقابة السابقة لا تتعلق بمشروع قانون، ولكنها تتناول قانوناً أقرته السلطة التشريعية. ولم يبقَ غير إصداره ونشره في الجريدة حتى يكتمل وجوده قانوناً.

(١) Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica, 1985, p.86.

لما الرقابة اللاحقة، فإن موضوعها هو القانون بعد أن خيره التطبيق، وأظهر العمل صورا من العوار فيه كانت خافية قبل العمل به. ومن ثم تنسم الرقابة اللاحقة بمواجهتها القانون المطعون عليه بعد أن دخل مرحلة التنفيذ، وتحدد آثاره على صعيد تطبيقاتها العملية، وبيان للكافة نطاق مزاياها، أو قدر الأضرار التي ألحقها بالمخاطبين بها. ومن ثم تنسم الرقابة اللاحقة بمرونتها وحيويتها بالنظر إلى مباشرتها وفق الحقائق المعاصرة وعلى ضوء القيم الجديدة التي تفرض نفسها على القوانين بعد إصدارها، ولو كان إعمال هذه القيم يناقض تلك التي كانت تحكم هذه القوانين وقت إقرارها.

### ثانيا: أوجه النقد الموجهة للرقابة اللاحقة

٣٣٤- وما يقال من أن الرقابة اللاحقة بطيئة بطبيعتها، وأنها تخل باستقرار أوضاع نظمها القوانين المعمول بها، مردود أولا: بأن للمبادئ الدستورية مقدرة بطبيعتها بالنظر إلى تعدد عناصرها وتشابكها واتصالها بمصالح حيوية ينبغي وزنها بالقسط، بحتم مباشرتها في إطار نظرة هادئة تحيط بها.

ومردود ثانيا: بأن قدم العهد على قوانين اطرده تطبيقها ردا من الزمن، لا يجوز أن يصححها، ولا أن يحول دون مراجعتها<sup>(١)</sup>.

ومردود ثالثا: بأن القوانين التي تبطلها الجهة القضائية بعد العمل بها، تزول -عادة- كمثل الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرد إلى لحظة ميلادها، ليستعيد الأفراد كامل حقوقهم التي أخلت

(١) من المقرر قانونا أن عنصر الزمن وحده لا يجوز أن يكون قيدا على الطعن بعدم دستورية القانون. ففى كندا قضى ببطال قانون بعد عشرين عاما من العمل به - Gerald A. Beaudoin, la Constitution du Canada, 2e tirage, révisé 1991, p. 170 في مقاطعة Manitoba منذ عام ١٩٨٥ بالنظر إلى صياغة موادها، لا باللغتين الفرنسية والإنجليزية - وما اللغتان الرسميتان في كندا- بل بلغة وحيدة هي اللغة الإنجليزية. ورغم إبطال المحكمة العليا لهذه القوانين جميعها إلا أنها أبقتهن قائمة لضمان استقرار الأوضاع المرتبطة بتطبيقها، على ألا يجاوز العمل بها الفترة الزمنية التي حددتها هذه المحكمة، واللامر كحد أدنى لترجمتها إلى هاتين اللغتين في آن واحد.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba. [1985] R.C.S. 721.



بها هذه القوانين، وكأنها لم تصدر. وهي بعد حقوق طبيعية لا تتقادم ولا يجوز النزول عنها أو إسقاط الحق فيها<sup>(١)</sup>.

٣٣٥- وقد كان إيلاء الاعتبار الخاص لحقوق الأفراد وحرياتهم، الخلفية التاريخية لنص المادة ٥٧ من الدستور الدائم المعمول به في مصر والتي تقضي بأن العدوان عليها يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية في شأنها بالتقادم. وهو ما يؤكد حقيقة أن هذا العدوان، خطير في نتائجه وأن إنهاء آثاره من فرائض الطبيعة الإنسانية لهذه الحقوق وتلك الحريات التي لا يجوز الإخلال بها، وإلا انفرط وجود الجماعة، وأحاط بها التمرد أو العصيان.

وإذا كان الدستور في مصر -ومن خلال نص المادة ٥٧ المشار إليها- قد جرم العدوان على حقوق الفرد وحرياته إذا كان الإخلال بها ولحقاً من خلال أعمال مادية، فإن ضمانها من خلال تقويم اعوجاج القوانين التي تنظمها، يكون أولى بالرعاية وأحق بالحماية.

#### ثالثاً: محل الرقابة القضائية لللاحقة على دستورية القوانين

٣٣٦- محل هذه الرقابة أصلاً، هو النصوص القانونية جميعها ليا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الحقوق التي تتعلق بها. وقد تتناول هذه الرقابة أعمالاً لا تصدر عن السلطة في مواقعها المختلفة، ولكنها تتلون برذاتها لتظهر بمظهرها.

كذلك تفصل جهة الرقابة في دستورية النصوص القانونية، أو في الأعمسال التي تأخذ حكمها، على ضوء أحكام الدستور بتمامها. وهذا هو الأصل. بيد أن نطاق هذه الرقابة وقد يتعلق بأجزاء بنواتها من الدستور، كذلك التي تتصل بتقسيم السلطة أو توزيعها، دون سواها. مثلما هو

(١) تنص المادة الأولى من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية على أن كرامة الإنسان لا يجوز انتهاكها وتحميها الدولة، وأنه من أجل ذلك يؤكد الشعب الألماني احترامه لحقوق الإنسان وضمائنه لعدم جواز الإخلال بها أو النزول عنها كأساس لتكوين كل مجتمع، ولصون قضية السلم والعدالة في العالم. ونص هذه المادة يعني أن الكرامة الإنسانية مصدر حقوقه وحرياته جميعها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية الألمانية بوصفها كرامة الإنسان بأنها أعلى القيم الإنسانية، والغاية النهائية للنظام الدستوري، وأساس كل الحقوق التي يصممها القانون الأساسي لألمانيا.

الحال في محكمة التحكيم البلجيكية *la cour d'arbitrage* التي تحصر ولايتها في الفصل في المسائل الدستورية المتعلقة بعملية تقسيم الاختصاص وتوزيعه فيما بين الدولة ووحداتها الإقليمية.

وتباشر بعض الدول كالبرتغال نوعي الرقابة على الدستورية، السابقة واللاحقة معا.

#### رابعاً: خصائص الرقابة القضائية اللاحقة

٣٣٧- وفي الدول الفيدرالية، تخضع دساتير ولايتها وتشريعاتها، لدستور الاتحاد وللقوانين الاتحادية.

كذلك تنسم الرقابة اللاحقة بأن القرارات التي تصدرها الجهة التي تباشرها في شأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها، لا تكون حجيتها نسبية مقصورة على أطرافها *inter partes*، ولكنها تتعداها إلى الدولة بكل أفرعها وتنظيماتها بما يجعل حجيتها مطلقة *Iura omnes*.

وما يقال من أن لقراراتها هذه قوة القانون، محل نظر، ذلك أن جهة الرقابة لا تلغي قوانين قائمة. ولكنها تجرد القوانين التي تقضى بعدم دستورتها من قوة نفاذها، فلا يكون تطبيقها بعد ذلك متصوراً.

#### خامساً: آثار الحكم بعدم الدستورية

٣٣٨- تنسم الرقابة اللاحقة كذلك، بأن القرار أو الحكم القضائي بعدم الدستورية الصادر عن الجهة القضائية، إما أن ينفذ اعتباراً من تاريخ صدوره *Ex tunc*؛ وإما أن ينفذ اعتباراً من لحظة زمنية تالية لتاريخ صدوره *Pro futuro*؛ وإما أن يكون لقرار هذه الجهة أو للحكم الصادر عنها بإبطال نص قانوني، أثر رجعي. فلا يكون لهذا النص من وجود منذ إقراره *Ex tunc*. وهو ما ينبغي أن يكون الأصل في القرار أو الحكم الصادر بإبطال نصوص قانونية قائمة. ذلك أن إبطالها ليس صفة عارضة تلحقها، ولا هو بعنصر جديد يضاف إليها، وإنما هو تأكيد لحالتها التي كانت عليها ابتداءً عند إقرارها *Ab initio*، وهي حالة يكسفها الحكم أو القرار بلا زيادة أو نقصان.

---

(١) يعتبر الدستور النمساوي نموذجاً للأحكام بعدم الدستورية التي لا تسري إلا اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، أو على الأكثر بعد سنة من تاريخ هذا النشر

بيد أن الجهة القضائية قد تعدل من الأثر الرجعي لحكمها أو لقرارها بإبطال نص قانوني لاعتبار يتعلق ببواعي العدل والاستقرار، وبناء على نص في الدستور أو في قانون إنشائها، فلا يكون هذا القرار أو الحكم رجعياً في كل الأحوال، بل يتغير نطاق سريانه، خاصة إذا كان الدستور لا يتضمن حكماً في شأن الرجعية، سواء بحظرها أو باقتضاها.

وقد يخول الدستور الجهة القضائية بأن تقرّر في حدود سلطتها التقديرية، أنشراحاً رجعياً لحكمها بعدم الدستورية، مثلما هو الحال في النمسا بعد تعديل دستورها في عام ١٩٧٥. ولها كذلك أن تأمر في حدود سلطتها التقديرية، بأن تبقى نافذة القوانين التي ألغتها.

والتقاعدة المعمول بها في ألمانيا الفيدرالية وأسبانيا والبرتغال، هي أن للحكم الصادر عن محاكمها الدستورية أثر رجعي تلقائياً في نطاق النصوص الجنائية التي قضى بمخالفتها للدستور.

وتقرر المحكمة الدستورية الألمانية في بعض الأحيان أن الحكم بعدم الدستورية، بعدم النصوص المطعون عليها اعتباراً من لحظة ميلادها AB INITO.

وأحياناً أخرى تقتصر على مجرد تقرير عدم تطابق النص مع الدستور بما يوحي بسريان حكمها اعتباراً من تاريخ صدوره<sup>(١)</sup>.

(١) ويتعين على كل محكمة ألمانية تقدر أن قانوناً فيدرالياً أو قانوناً لولاية لازم للفصل في القضية المطروحة عليها، قد صدر مخالفاً للقانون الأساسي، أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية. ولا يلزم بالتالي إجراء هذه الإحالة، أن يكون أحد الخصوم قد أثار المسألة الدستورية المتصلة بالنزاع الموضوعي. بل يكفي لإجرائها افتتاح قضائي الموضوع بشبهة مخالفة قانون يرتبط تطبيقه بالنزاع المعمور عنه، للدستور.

ويتعين أن يوقع على قرار الإحالة، قضاء المحكمة الذين وافقوا عليه، وأن يرفق به بيان بالنص القانوني المدعى مخالفته للدستور، ونص الدستور المدعى إهداره؛ مع إيضاح الصلة القائمة بين النص المطعون عليه من جهة، والنزاع الموضوعي من جهة ثانية.

وللمحكمة الدستورية أن ترفض الفصل في المسألة الدستورية إذا بان لها أن افتتاح قضاء المحكمة المحلية بعدم دستورية القانون محلّال غير مبرر؛ أو أن النزاع الموضوعي يمكن الفصل فيه بغير الفصل في المسألة الدستورية محلّال إليها.

ويجب أن تمثل السلطة الفيدرالية في أعلى مستوياتها أو حكومة الولاية حسب الأحوال أمام المحكمة الدستورية الألمانية، وأن يتاح للخصوم الذين ظهروا في مراحل النزاع الأولى، تقديم مذكراتهم المكتوبة لمسوح وجهة نظرهم.

وفي البرتغال، يخول دستورها جهة الرقابة على الدستورية مرونة مطلقة تحدد بها من رجعية أحكامها، سواء كان ذلك لمصلحة الاستقرار القانوني؛ أو لإعمال ضوابط تنسجم بإنصافها، أو لتحقيق مصلحة عامة<sup>(١)</sup>.

وهذه المرونة هي التي تكفل لجهة الرقابة على الدستورية مواجهة الأوضاع الواقعية القائمة، وتقرير ما يناسبها من الحلول التي تستصوبها في حدود سلطتها التقديرية. وهي سلطة زمامها بيدها، فلا يفرض أحد عليها أية قيود في شأن ممارستها.

---

(١) Albrecht Webber, le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale. Perspective comparative, Annuaire International de justice constitutionnelle, Economica, 1985 volume (1), pp. 51.57.

### الفصل الحادي والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة

#### Abstract judicial Review

#### أولاً: مفهوم الرقابة المجردة

٣٣٩- وإذا كانت الرقابة بطريق الدفع، تستبر وسيلة دفاع متاحة لكل خصم في نزاع موضوعي إذا ووجه بقانون يراد تطبيقه على هذا النزاع، وكان يراه مخالفاً للدستور؛ فإن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية لا شأن لها بنزاع موضوعي، وإنما هي في واقعها رقابة لمصلحة الدستور، شأنها في ذلك شأن صور الرقابة لمصلحة القانون المعمول بها في مصر في إطار الطعن بالنقض<sup>(١)</sup>. ذلك أن هذه الرقابة هي التي يحمل معها الطاعن قانوناً يراه مخالفاً للدستور إلى المحكمة الأعلى في بلده<sup>(٢)</sup>، بالشروط المنصوص عليها في الدستور. وهي بذلك رقابة لها فعاليتها إذ يصير القانون بمقتضاها باطلاً عديم الأثر في مواجهة الكافة. ومن ثم يفيد المواطنون جميعهم من الحكم بإبطال هذا القانون؛ فلا يتجدد النزاع حوله من جديد.

بيد أن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، وإن كان مرغوباً فيها من الناحية القانونية باعتبارها قاطعة في دستورية القانون، ولا تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيقه؛ إلا أنها تقتصر محيطاً سياسياً هائلاً. وقد يتدخل البرلمان بقوانين دستورية لتعطيل أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية مثلما هو الحال في النمسا التي أعجز البرلمان محكمتها الدستورية عن العمل، ومثل حركتها من خلال هذه القوانين.

(١) وفقاً لنص المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات، يجوز للنائب العام أن يطعن بطريق النص لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية -أيما كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تكويله وذلك في الأحوال الآتية:

- ١- الأحكام التي يجيز القانون للخصوم الطعن فيها
  - ٢- الأحكام التي فوت للخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.
- و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بخير دعوة الخصوم.

و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

(٢) سواء كانت هذه المحكمة داخلية هي نطاق تنظيم جهة القضاء العادي؛ أم كانت محكمة دستورية متخصصة.

فضلاً عن أن تفويل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لكثيرين يغيدون منها. مؤداه تراحم القضايا وتراكمها على قضاء الشريعة الدستورية. فإذا قلل الدستور من فرص اللجوء إليها، حدد ذلك من فائدتها العملية، وقلم من فعاليتها.

٣٤٠- وبينما يشترط في بعض الدول للفصل في الخصومة الدستورية، أن تتعلق بنزاع من طبيعة حادة وحقيقية - لا متوهمة أو فرضية- فإن المحكمة الدستورية الألمانية قد تفصل في شكوك أو في تطاحن آراء حول دستورية قانون فيدرالي أو قانون صادر عن الولاية بناء على مجرد طلب يقدم إليها سواء من الحكومة الفيدرالية أو من حكومة الولاية أو من ثلث أعضاء البوندسناخ، وهو السلطة التشريعية المركزية. ولكل من هؤلاء -وقد صاروا أطرافاً في الخصومة الدستورية- أن يطرحوا من خلال مذكراتهم المكتوبة، وجهة نظرهم في شأن القانون المطعون عليه. وقد يساندونهم بمرافعتهم الشفهية التي تقبلها المحكمة خلافاً للأصل في إجراءاتها.

وتفصل المحكمة في دستورية القانون المعروض عليها على ضوء ضوابط موضوعية لا تتحاز فيها لا إلى حقوق شخصية يطلبها أفراد منها، ولا إلى وجهة نظر الجهة التي كان الطلب المقدم منها إلى المحكمة الدستورية، محرراً للطعن في دستورية القانون؛ وإنما تنحصر مهمة هذه المحكمة في أن تستخلص بنفسها معاني الدستور وتطبقها على القانون المعروض عليها.

وهي تباشر في هذا الإطار حرية تقصى كل واقعة كل لها أثر في تشكيل هذا القانون، وكذلك كل حجة ودفاع يتصل به.

#### ثانياً: أهمية الرقابة المجردة أو ضرورتها

٣٤١- وتبدو أهمية هذه الرقابة وحيويتها في أن الطعن في القانون، ما أن يتصل بالمحكمة الدستورية حتى يصير النزول عن هذا الطعن غير جائز إلا بإذنها. وهو ما يعضد استقلالها ويجعلها متحدتاً باسم الجماهير، ولمصلحتهم، حين تدعوها الضرورة إلى ذلك<sup>(١)</sup>.

وللرقابة القضائية المجردة بعض تطبيقاتها كذلك في دول كإيطاليا. وبغض النظر عن أوجه النقد الموجهة إليها والتي تتمثل في تكس القضايا وتراكمها أمام قضاء الشريعة الدستورية،

(١) Donald P. Kammerers. The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany 1997, p 13-14

وإغراقهم بالتآلي في فيض من القوانين التي يكفون بالفصل في دستوريتهما، وفي أنها قد تكون مدخلا إلى عرض طعون بعدم الدستورية لا قيمة لها، أو تحركها النزوة الشخصية؛ إلا أن هذه الصعوبة يمكن حلها من خلال تشكيل لجنة داخل المحكمة الدستورية العليا تكون مؤلفة من ثلاثة من قضاتها، يفحصون ما يكون من هذه الطعون جدياً، شأنهم في ذلك شأن دوائر فحص الطعون في الدرجة الأعلى من المحاكم، وشأن محكمة الموضوع ذاتها التي تقوم بنصفية الدفوع بعدم الدستورية التي تثار أمامها، فصلا في جديتها من وجهة نظر أولية.

#### ثالثاً: نماذج الرقابة المجردة أو فوائدها

٣٤٢- وتظل الدعوى الأصلية -بعد تحديد نطاقها على النحو المتقدم- أكثر اقتراباً من حقيقة المهام التي يتولاها قضاء الشرعية الدستورية. ذلك أن الدستور ما أقامهم على مباشرة ولايتهم هذه إلا لضمان سيادة الدستور من خلال إبطال النصوص القانونية التي تناقض أحكامه. وهي بذلك ضمان مطلق للشرعية الدستورية من أوجه عديدة أهمها:

أولاً: أن القوانين التي تبطلها الرقابة المجردة، يزول كل أثر لها، فلا يبقى لها مكان في الحياة القانونية. وذلك على نقيض الرقابة بطريق الدفع التي يقتصر أثرها -أصلاً- في بعض الدول -كالولايات المتحدة الأمريكية- على إبطال القانون المناقض للدستور في مجال تطبيقه بالنسبة إلى المدعى في الخصومة الدستورية *As applied to the respective party*.

ثانياً: أن الرقابة المجردة تعلق بالقيم التي احتضنها الدستور إلى حد فرضها على كل قانون يخالفها. وهي قيم لا يجوز تعليق نفاذها على خصومة موضوعية ترتبط بها الخصومة الدستورية، بما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة دائرة بين هاتين الدعويتين<sup>(١)</sup>. وهي مصلحة لا تحركها غير الأضرار الشخصية والمباشرة التي ألحقها القانون المطعون فيه بالمدعى في الخصومة الدستورية. فلا تكون هذه الخصومة غير طريق لرد هذه المضار.

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا في قضاء مطرد بأن المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية هي التي ترتبط عقلاً بالمصلحة في الدعوى الموضوعية بحيث يؤثر الحكم في الدعوى الدستورية في الحكم في الدعوى الموضوعية.

ثالثاً: أنه وإن جاز القول بأن السلطة القضائية بكل أفرعها، لا تنصل في غير خصومة قضائية يتخيا المدعى برفعها الحصول على منفعة يقرها القانون حتى لا تتخذ موطناً للدفاع عن مصلحة نظرية عقيمة لا طائل من ورائها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إنكارها، هي أن السلطة القضائية لا تميل بوجه عام إلى عرض المسائل الدستورية على قضاء الشرعية الدستورية الذين تنظر إليهم السلطة القضائية وكأنهم غرباء يقتحمون محرابها لانتفاص ولايتها. وتلك جميعها مخاطر لا تدفعها إلا الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا تحركها المصلحة الشخصية والمباشرة، وإنما توجهها المصلحة في ضمان سيادة الدستور، وهي مصلحة حقيقية وموضوعية.

هي مصلحة حقيقية لأن سيادة الدستور تمثل الضمان النهائي لخضوع الدولة للقانون بما يكفل ديموقراطية تصرفاتها.

وهي مصلحة موضوعية، ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يطبقون قواعد ترك الخصومة على المسائل الدستورية التي تثيرها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإنما يظل هذا الفصل بأيديهم بوجهونها، وفق قواعد محايدة في مضمونها، ولأغراض يظلها الدستور بالحماية، وبمعايير لا تخالطها النزعة الشخصية للخصوم في الدعوى الدستورية.

#### رابعاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٣٤٣- أطرّد قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن المشرع لم يجز الدعوى الأصلية بعدم الدستورية كطريق للطعن على دستورية النصوص القانونية.

وهي تؤيد وجهة نظرها هذه بنص المادة ٢٩ من قانونها التي تعلق اختصاصها بالفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، على إحالتها إليها مباشرة من محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو على تقدير هذه المحكمة أو الهيئة، جديّة نفع بعدم دستورية نص قانوني يرتبط الفصل في دستوريته، بالنزاع المعروض عليها<sup>(١)</sup>. فإذا لم تطرح هذه المحكمة أو الهيئة

(١) "دستورية نينا" القضية رقم ٤١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٧ صفة ١٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة؛ والصفة رقم ١٤٢ لسنة ١٩٩٦ "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٥ من الجزء الثامن؛ والصفة رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٩ "دستورية" - جلسة ٥ إبريل سنة ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٣ من الجزء الثامن.



برفع الدعوى الدستورية أو لم تحلها بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو كان النص القانوني، قدم مباشرة من الطاعن إلى هيئة المفوضين بهذه المحكمة، فإن دعواه في ذلك تتحل إلى طعن مباشر على هذا النص لياخذ شكل نزاع مع هذا النص بقصد إهدار أثره مما يتعين معه الحكم بعدم قبول دعواه<sup>(١)</sup>.

---

(١) دستورية عليا - النسخة رقم ٦٨ لسنة ١٣ قضاية دستورية - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٩ - ص ٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ انظر كذلك ذات المبدأ في النسخة رقم ٣ لسنة ١٢ قضاية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٢٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

## الفصل الثاني والعشرون الرقابة القضائية على الدستور في مصر

### أولاً: طرائق هذه الرقابة

٣٤٤- حدد قانون المحكمة الدستورية العليا طرقاً ثلاثة لاتصال الخصومة بها وفقاً لقانونها. وهذه الطرائق جميعها منصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها. ونفصلها كالآتي:

أولاً: طريق الإحالة المباشرة للمسائل الدستورية من أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إلى المحكمة الدستورية العليا. وذلك وفقاً لحكم البند أ من المادة ٢٩ من قانونها. ويتعين أن يكون الفصل في المسائل الدستورية المحالة إليها، لازماً للفصل في النزاع المعروض على المحكمة أو الهيئة المحيلة.

ثانياً: أن تقرر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، جدية دفع بعدم دستورية نص قانوني يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازماً للفصل فيه. ويحدد نطاق الدعوى الدستورية بالحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي طرحه الخصم عليها. وترخص هذه المحكمة أو الهيئة برفع الدعوى الدستورية بناء على السلطة المخولة لها بمقتضى البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: أن تواجه المحكمة الدستورية العليا بنفسها مسائل دستورية تعرض لها بمناسبة مباشرتها لاختصاص مخول لها وفقاً لقانونها، إذا كان الفصل في هذه المسائل يتصل بنزاع قائم معروض عليها، ويؤثر في نتيجته. وذلك عملاً بنص المادة ٢٧ من قانونها.

### ثانياً: اتصال هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور

٣٤٥- وتتعلق هذه الطرائق جميعها بالفصل في المسائل الدستورية دون غيرها، بوصفها جوهر الرقابة التي تبأسرها المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها. كذلك تتصل هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور، ذلك أن الخصومة الدستورية التي تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التي فرضها على السلطين التشريعية والتنفيذية. ومن ثم تكبون

هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، فلا يكون إهدار هذه النصوص بقدر تعرضها مع الدستور، غير تحقيق للغاية التي تبتغيها هذه الخصومة.

### ثالثاً: حدود هذه الرقابة

٣٤٦- ولا يجوز أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تحقيق واقعة يدخل إثباتها أو نفيها في اختصاص محكمة الموضوع، ولو خالطها القانون، كالفصل فيمن يعتبر قانوناً متمتعاً بالحق في الملكية، وفيما إذا كانت المرأة المعقود عليها حل لمن تزوجها؛ وما إذا كان الشقاق بين الزوجين قد استتحل أو ما إذا كان سوء معاشرة الرجل لزوجته، لا يليق بمثلها.

وتفصل المحكمة الدستورية العليا بنفسها في اتصال الخصومة الدستورية بها وفقاً لقانونها. وفصلها في ذلك سابق بالضرورة على تناولها المسائل الدستورية موضوعها<sup>(١)</sup>.

وليس لمحكمة الموضوع أن تقدم نفسها في نوافر شرائط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا أو تخلفها<sup>(٢)</sup> ذلك أن قانونها ناطق بها وحدها التحقق من نوافر الشروط التي لا تقبل الخصومة الدستورية إلا بولوجها، وذلك في المادتين ٢٧ و ٢٩ من هذا القانون.

ولئن صح القول بتعلق أحكام الدستور بالنظام العام. إلا أن الاحتجاج بنص في الدستور في مجال خصومة قضائية، يفترض أن تكون هذه الخصومة مستوفية ابتداء شرائط قبولها.

ولا يجوز بالتالي الخلط بين شروط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفق الأوضاع المنصوص عليها في قانونها من جهة، وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها من جهة ثانية. ذلك أن المشرع ما قرر شروط التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا إلا لمصلحة جهرية قدرها. وهي مصلحة لا يجوز التفريط فيها أو التهوين منها. وليس من شأن نوافر شروط قبول الخصومة الدستورية، أن يكون مجرد رفعها موقفاً مسرياً النصوص

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية "منزعة تنفيذ" - جلسة أول يناير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٢- من ٧٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٥ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ - القاعدة رقم ٢٤- من ٢٧٧ وما بعدها من الجزء السادس.

القانونية المطعون عليها. ذلك أن وقفها يقيد بالضرورة إجراء العمل بها. حال أن الأصل في هذه النصوص -حتى بعد الطعن عليها بمخالفتها الدستور- هو افتراض صحتها. ويظل تطبيقها لازماً ما لم تجردها المحكمة الدستورية العليا من قوة نفاذها. بما موداه أن النصوص القانونية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن يكون سريانها متراخياً، ولا العمل بها موقوفاً<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: الدعويان الموضوعية والدستورية -حدود الصلة بينها

٣٤٧- وتفترض الطريقتان الأولى والثانية من طرائق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها، أن قراراً صدر عن أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بأن النصوص القانونية التي تحكم النزاع المطروح عليها، تحيطها شبهة عدم الدستورية، وأن هذه الشبهة لها وجه. ويتخذ هذا القرار صورة ترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال أجل معين. وبصدر هذا الترخيص عن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعد دفع بعدم الدستورية يطرح عليها، ما لم تقرر هي بنفسها إحالة المسائل الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا.

ويصدر القرار في الصورتين المتقدمتين بناء على شبهة تشي بها النصوص المطعون عليها من ظاهر وجهها. وهي شبهة لا يتعمق معها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، فسي حقيقة النصوص المطعون عليها فضلاً في صحتها أو مخالفتها للدستور.

وإنما تقوم هذه الشبهة إذا بأن من ظاهر هذه النصوص، أنها مخالفة للدستور. ولئن صح القول بأن المحكمة الدستورية العليا -في هاتين الصورتين- لا تستهض بنفسها الخصومة الدستورية لأنها تأتي إليها على قنمها من محكمة أو هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي؛ إلا أن الخصومة الدستورية تستل في شرائط قبولها، وفي موضوعها، عن الخصومة الموضوعية، فلا تتدخلان أو تمتزجان، وإن كان الحكم الصادر في المسائل الدستورية، يؤثر بالضرورة في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع.

٣٤٨- وتلك هي الصلة الوحيدة بين هاتين الدعويين. وفيما وراء هذه الصلة، تظل لكل من هاتين الدعويين ذاتيتها، ولا يجوز لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تسنزع

(١) ص ٢٨٨ وما بعدها من الحكم السابق.

الخصومة الدستورية من المحكمة الدستورية العليا بعد دخولها في حوزتها ولا أن تمنعها من نظرها بقرار من جهتها.

ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون أن تفصل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي في النزاع المطروح عليها قبل أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في شأن النص القانوني الواجب تطبيقه في هذا النزاع وهو ما يفيد لزوماً تعليق الفصل في أولاهما على ثانيتهما<sup>(١)</sup>.

٣٤٩- على أن امتناع الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، يفترض قيام وجه للفصل في المسائل الدستورية. ويعتبر هذه الوجه منقياً في الأحوال الآتية:

\* زوال المصلحة في الخصومة الدستورية بعد رفعها أو تخلفها أصلاً. إذ يتعين أن يتوافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذه الخصومة ليس فقط وقت رفعها. وإنما كذلك عند الفصل فيها.

"أن تكون الدعيان الموضوعية والدستورية قد اتجهتا معا إلى مجرد الطعن على بعض النصوص التشريعية بغية تقرير عدم دستوريتهما؛ وإذ تكونان عندئذ متحنتين محلاً، لاتجاه أولاهما إلى مسألة وحيدة ينحصر فيها موضوعها، هي الفصل في دستورية النصوص التشريعية التي حددتها. وهي عين المسألة التي يقوم بها موضوع الدعوى الدستورية. واتحاد هاتين الدعويتين في محلوهما، مؤداه أن محكمة الموضوع لن يكون لديها ما تجيل فيه بصرها بعد أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية النصوص المطعون عليها سواء بتقرير صحتها أو بطلانها. وبالتالي لن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية. إذ ليس ثمة "موضوع" يمكن إنزال القضاء الصادر في المسألة الدستورية عليه"<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٩٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٤/٣/٥ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٢١٣ وما بعدها من الجزء الخامس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٣/١/٢ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٢٤ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

• أن تحيل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي مسألة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو تقدر بنفسها جديّة دفع بعدم الدستورية فغير أمامها، ثم يظهر لها أن المسألة الدستورية عنها قد تناولها قضاء سابق قطعي من المحكمة الدستورية العليا، إذ يتعين عليها عندئذ، إعمال هذا القضاء. ذلك أن تطبيقها لحكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد لا يدخل فقط في اختصاصها، بل هو كذلك واجبها.

• أن يتخلى الخصم عن دعواه الموضوعية أو عن دفع بعدم الدستورية كان قد أبداه أثناء نظرها وقد قررت محكمة الموضوع جديته. وتثير هذه الحالة صعوبة مردّها أن التخلي عن الدعوى الموضوعية أو عن الدفع المثار أثناء نظرها، مؤداه استباق قضاء المحكمة الدستورية العليا في المسألة الدستورية التي تتصل بالدعوى الموضوعية. وهو ما لا يجوز. ذلك أن اتصال الدعوى الموضوعية بالمحكمة الدستورية العليا وفقا لقانونها، يجعل هذه الدعوى في قبضتها ولا يجوز أن يخرجها منها عمل يصدر عن المدعي في الدعوى الموضوعية، خاصة وأن هذا العمل كثيرا ما يكون نتيجة ضغوط تعرض لها. فضلا عن أن جواز النزول عن الخصومة الدستورية بعد رفعها، يفترض الطبيعة الشخصية للمسائل الدستورية التي تتعلق بها هذه الخصومة وهو ما يناقض حقيقتها علي تقدير أن حكم الدستور بشأنها يؤثر بالضرورة في مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها علي النزاع الموضوعي وهو أمر يتعلق بالنظام العام.

وكلما وجه المدعي خصومته الدستورية مبتغيا بها الفصل في مسائل من طبيعة دستورية فإن دوره بعد إثارتها من خلال هذه الخصومة، يعتبر منتهيا. وهو ما تؤكد الطبيعة العينية لهذه الخصومة التي لا تحكمها قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات. وليس في بقاء الخصومة الدستورية حتى بعد نزول المدعي عن دعواه الموضوعية أو عن الدفع بعدم الدستورية، ما يخلطها بالدعوى الأصلية بعدم الدستورية. إذ لا تزال الصلة قائمة بين الدعويين الدستورية والموضوعية. بما مؤداه أن المدعي في الخصومة الدستورية وإن كان يحركها، إلا أن مصيرها ينبغي أن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا. ولا حق لمن رفعها في أن يقرر بقاءها أو زوالها.

### خامساً: الآثار المترتبة على دخول المسائل الدستورية

#### فى حوزة المحكمة الدستورية العليا

٣٥٠- تدخل المسائل الدستورية فى حوزة المحكمة الدستورية العليا -وعلاً بنص المادة

٢٩ من قانونها- عن أحد طريقين:

أولهما: ما ينص عليه البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون، من تفويل لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى السلطة التى تحيل مباشرة بها إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التى تقدر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن توقف السير فى النزاع المعروض عليها، وأن تحيل أوراقه إلى المحكمة الدستورية العليا بغير رسوم قضائية<sup>(١)</sup>. وهى تحيل إليها هذه الأوراق سواء لفت خصم فى هذا النزاع نظرها إلى المخالفة الدستورية، أم كانت هى التى تبينتها من تلقاء نفسها.

ثانيهما: أن ترخص أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى لخصم دفع أمامها بعدم دستورية نص قانونى -وبعد تقديرها لجدية هذا الدفع- بأن يقيم خلال أجل تحدده دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا. وعليها فى هذه الحالة -وعلاً بنص البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تؤجل النزاع المعروض عليها حتى تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا، وذلك فى الحدود التى قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى جدية الدفع الذى كان مطروحاً عليها.

وسواء تقرر تأجيل النزاع الموضوعى فى الحالة المنصوص عليها فى البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أم تقرر وقفه فى الحالة المنصوص عليها فى البند (أ)، فإن تأجيل النزاع الموضوعى أو وقفه يتحددان معاً فى نتيجة بذاتها، هى أن يكون الفصل فى النزاع الموضوعى معلقاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية العليا؛ ومتراخياً بالضرورة إلى حين صدوره.

(١) علة إغفاء الخصوم من الرسوم القضائية، أن محكمة الموضوع هى التى أحالت المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

ذلك أن الفصل في النزاع الموضوعي قبل الفصل في الخصومة الدستورية، هدم للصلة الوثقى بين نزاع يتعلق بالحقوق من جهة إثباتها ونفيها؛ وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها على هذا النزاع.

وإذا كان الفصل في الحقوق من اختصاص محكمة الموضوع، فإن عليها أن تتركب تحديد المحكمة الدستورية العليا للقاعدة القانونية التي ينبغي أن تطبقها على هذا النزاع. وهي قاعدة تستخلصها المحكمة الدستورية العليا من خلال فصلها في الخصومة الدستورية.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي سابقاً عليها. إذ ليس للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي قدرت -ابتداءً- مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور أن تطبقها -انتهاءً- على النزاع المطروح عليها، وإلا كان ذلك عدواناً على المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لجهة أيا كان موقعها أن تمنعها من مباشرة ولايتها.

#### سابعاً: الآثار المترتبة على الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية

٣٥١- مودى الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية، أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية، مؤثراً في النزاع المرتبط بها والمعروض على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي؛ وتعين بالتالي أن يظل هذا النزاع قائماً عند الفصل في الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم الصادر فيها جدواه. وينبغي أن يلاحظ أن الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، موداه:

أولاً: أن تتحدر بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرتبة الحقوق النظرية محددة الأهمية التي لا ترتجى منها فائدة عمية.

ثانياً: تعطيل سيادة الدستور التي يتمثل مظهرها في مجال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، في إهدار النصوص القانونية المخالفة للدستور بما يحول دون تطبيقها في نزاع قائم. وتلك مهمة لا تقوم بها إلا المحكمة الدستورية العليا التي خولها الدستور والمشرع اختصاص تحريد النصوص القانونية التي تخل بأحكامه من قوة نفاذها.



ثالثاً: أن الطعن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية؛ وما يتوخاه الطاعن من إبطال النص القانوني المطعون عليه، لا يزيد على إلغاء وجوده كيلا يطبق في النزاع القائم أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي مثل أمامها؛ فإذا لم يحصل في هذا النزاع على الترضية القضائية التي قام بموجبها، أو حصل عليها قبل أن تحدد المحكمة الدستورية العليا، النص القانوني الواجب تطبيقه في ذلك النزاع؛ كان ذلك تجريدا للحق في التقاضي من الفائدة العملية التي يستهدفها، بما يخل بنص المادة ٦٨ من الدستور، ويهدر مبدأ خضوع الدولة للقانون المقرر بنص المادة ٦٥ من الدستور ويعطل ولاية السلطة القضائية في مجال صونها لحقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

#### سابعاً: الحق المقرر للمحاكم جميعها في اللجوء لنص المادة ٢٩

##### من قانون المحكمة الدستورية العليا

٣٥٢- لكل محكمة ولكل هيئة ذات اختصاص قضائي -وإعمالاً منها للبندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تقدر بصفة مبدئية، دستورية النصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليها، وأن تحيل هذه النصوص بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا إذا ران على هذه النصوص ما يشي بمخالفتها للدستور؛ أو أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستوريته بأن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل تحدده، إذا ظهر لها أن هذه النصوص لها من وجهها ما يظاهر مخالفتها للدستور.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو التي تقدر هذه المحكمة أو الهيئة جدية الدفوع التي تستنهضها، لا يدخل الفصل فيها في ولايتها، وإن كان الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها يرتبط بالفصل فيها.

وهي بذلك -وفي حقيقتها- من المسائل الأولية التي يجوز تعليق الفصل في النزاع على الفصل فيها. وليس لها بالتالي من شأن لا بالدفوع المشككية ولا بالدفوع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة محكمة النقض.

(١) ص ٢١٨ و ٢١٩ من الحكم السابق.

ذلك أن محكمة النقض وإن قصر القانون المنظم لولايتها على الفصل في مسائل القانون وحدها؛ إلا أن تعميمها حكم القانون على أجزاء الحكم المطعون عليها، لا ينفصل عن تقديرها بالدستور، وهو القانون الأعلى أو هو قانون القوانين جميعها.

ويؤيد ذلك أن المسائل الدستورية جميعها تستهض نطاق التطبيق أو التعارض بين نصوص القانون التي تحكم النزاع المطروح عليها، وحكم الدستور. وهي تقدر حدود هذا التطبيق أو التعارض من منظور الدلالة الظاهرة للنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، شأنها في ذلك شأن المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعها.

ولا تعتبر المسائل الدستورية بالتالي واقعا تتحراه محكمة الموضوع أو محكمة النقض. ولا هي بقانون يختلط بواقع لم تحققه محكمة الموضوع وتقول كلمتها فيه. وإنما تثير هذه المسائل حكم الدستور في شأنها، وهي بذلك وثيقة الصلة بمهمة تطبيق القانون التي تقوم عليها محكمة النقض. ومن ثم تكون هذه المحكمة مخاطبة بنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم على اختلافها<sup>(١)</sup>.

#### ثامنا: الشرطان اللزمان لعرض المسائل الدستورية

##### على المحكمة الدستورية العليا

٣٥٣- وإن تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي جدية دفع بعدم الدستورية أثر أمامها، أو تحيل بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا النصوص القانونية التي ارتأى أنها مخالفة للدستور، فإن عليها في الحالين أن تتقيد بأمرين:

أولها: أن تكون النصوص القانونية المقول بمخالفتها للدستور، مؤثرة في حل النزاع المعروف عليها. فإذا لم تكن لها به صلة، أو كانت صلتها بالنزاع غير مؤثرة في نتيجته، لم تجز إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو قبول دفع بعدم الدستورية بتعلق بها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ وكذلك القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٧/٣/١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٣ ص ١١١٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثانيهما: أن يدل ظاهر النصوص المطعون عليها، على أن عوار مخالفتها للدستور قائم بها. وليس ذلك غير تقدير مبدئي لقيام هذا العوار بها Prima facie ولا يعتبر بالتالي حكما قطعيا نهائيا أو باتاً بمخالفتها للدستور. وإنما يظل التحقق من قيام هذه المخالفة أو تخلفها بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها:

ولئن جاز القول بأن التقدير الأولي لعوار اتصال بالنصوص القانونية التي تحكم النزاع، هو مما يدخل في إطار السلطة التقديرية لكل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي؛ وكان ممن المسلم كذلك أن مضيقا في نظر النزاع المعروض عليها بعد الطعن في دستورية النصوص القانونية اللازمة للفصل فيه، يفيد ضمنا رفضها للطعن الموجهة إلى هذه النصوص<sup>(١)</sup>، إلا أن من المقرر كذلك أن دخول الخصومة الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا بأحد الطريقتين المنصوص عليها في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، مؤداه اتصال هذه الخصومة بها، وامتناع إخراجها من ولايتها، ولو طعن أمام محكمة أعلى في القرار الصادر بإحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو في الترخيص برفعها إليها. وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا، ما يأتي:

إن ولايتها في الرقابة القضائية على النصوص القانونية أساسها المباشر نصوص الدستور. وقد حدد قانون هذه المحكمة -بمقتضى من الدستور- طرقا ثلاثة لاتصالها بالدعوى الدستورية من بينها الإحالة بحكم محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، ولا يعكس الحكم -حال صدوره- صورا نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقا بالمنصوص عليها في قانون المرافعات، والتي يجوز بمقتضاها الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهى للخصومة الموضوعية بتمامها، ذلك أن أحكام قانون المرافعات لا تسرى -كأصل عام- إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولأزم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا، يتحكم

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

عليها وجوبا النظر في دستورية هذا النص؛ ولو كان قد أُلغى أمام محكمة الطعن -رغم عدم جواز ذلك- وإلا كانت متمثلة في اختصاص نيط بها، ولرأى شبهة إنكار العجالة على تسليها هذا<sup>(١)</sup>.

#### تاسعا: خصائص الدفوع بعدم دستورية

##### النصوص القانونية<sup>(٢)</sup>

٣٥٤- تتصل الدفوع بعدم الدستورية بتحديد القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في نزاع من طبيعة قضائية. وتتفيا لإطراح النصوص القانونية التي يفترض تطبيقها فيه، وذلك من خلال فرض كلمة الدستور في هذا النزاع وتطبيقها على ما سواها. وتنتم هذه الدفوع بالخصائص الآتية بيانها:

أولاً: أنها لا تعرض مباشرة على المحكمة للدستورية العليا، وإنما يكون طرحها من خلال محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بما في ذلك محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين ١٦ و ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا، التي تخولها أولاهما: الفصل في شئون أعضائها -الحاليين والسابقين- سواء تعلق الأمر بمرتباتهم أو معاشاتهم أو مكافآتهم التي يستحقونها هم أو وريثهم وكذلك الفصل في طلباتهم بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على طلباتهم هذه، وتقصى ثانيتهما: بسريان هذه الأحكام ذاتها على أعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا.

وتتصل المحكمة الدستورية العليا في كل ما تقدم بوصفها محكمة موضوع، بما يخول أعضائها الحاليين أو السابقين، وكذلك أعضاء هيئة المفوضين، أن ينازع في دستورية النصوص

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ مايو ٢٠٠١- قاعدة رقم ١٠٨ -ص ٩٠٧ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٦- ص ٣٩٦ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٨- ص ٢٧٠ من الجزء الثامن.

القانونية التي تحكم موضوع طلبه، وسواء كان هذا الطلب قائماً على إلغاء قرار صادر في شأنه، أو التعويض عن هذا القرار، أو هما معاً، أو على إجراء تسوية مالية للحقوق التي يدعيها.

ولأن المحكمة الدستورية العليا تعتبر في هذا النطاق محكمة موضوع، فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يجوز أن يطرح أمام هيئة المفوضين بها.

ثانياً: أن تقدير المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لجدية دفع بعدم دستورية، ليس فصلاً بقضاء قطعي في المسألة الدستورية التي تعلق الدفع بها. ويعتبر قرار ضمناً بقبول الدفع بعدم الدستورية، إرجاء المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للفصل في النزاع المطروح عليها إلى أن يقدم من أثار الدفع أمامها ما يدل على رفع دعواه الدستورية، وكذلك تعليق حكمها على الفصل في المسائل الدستورية التي لتصل الدفع بها.

ثالثاً: وتستقل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي لأثر الدفع أمامها، بتقدير جديته، ومناطها ما تكل عليه النصوص القانونية المطعون عليها من وجهها، وليس بالنظر إلى أعماقها. أو بتعبير آخر علي ضوء ظاهر هذه النصوص أو صورتها الخارجية لا حقيقتها الداخلية<sup>(١)</sup>.

رابعاً: وتحدد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مهلة للخصم الذي طرح عليها الدفع بعدم الدستورية بما لا يجاوز ثلاثة أشهر يبدأ حسابها من اليوم التالي لتقدير جدية الدفع. ومن ثم تعتبر الأشهر الثلاثة هذه، حداً أقصى لرفع الدعوى الدستورية. فإذا جاوزها الخصم تعين الحكم بعدم قبول دعواه. وإذا جاوزتها محكمة الموضوع نفسها، تعين إنقاص المدة التي حددتها إلى ما لا يزيد على الأشهر الثلاثة التي تعتبر حداً نهائياً لرفع الخصومة الدستورية.

(١) انظر في ذلك: القضية رقم ١ لسنة ١٣ قضائية دستورية جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٨٣ - ص ١١٥٥ ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٤٩٠ من الجزء الثامن.

خامساً: أن الحكم بعدم قبول هذه الخصومة الدستورية لرفعها بعد الأشهر الثلاثة المشار إليها، لا يمنع الخصم من أن يؤثر من جديد هذا الدفع أمام ذات المحكمة التي لُفِثَ الدفع أمامها ابتداءً، إذا كان النزاع لا يزال مطروحاً عليها، وإلا فأمام المحكمة التي تعلوها إذا انتقل النزاع إليها. ذلك أن ميعاد الثلاثة الأشهر ليس من مواعيد السقوط التي لا يجوز وقفها ولا يتعلق انقطاع بها حتى يكفل المشرع جريانها دون عائق إلى أن تكتمل مدتها.

وأية ذلك أن مواعيد السقوط هي التي يحدد المشرع بدايتها ونهايتها وكذلك الواقعة المجربة لها. ولا كذلك الترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال ميعاد معين، ذلك أن المحكمة هي التي تحدد بنفسها بداية هذا الميعاد ونهايته، وإن تعين خفض المدة التي حددتها لرفعها إذا زاد مقدارها على ثلاثة أشهر، وبما لا يجاوزها<sup>(١)</sup>.

سادساً: وإذا ما حدد القاضي للخصم ميعاداً لرفع دعواه الدستورية، تعين أن يلتزم الخصم به، فلا يفاضل بين مُيعادٍ حدده القاضي وبين مهلة الثلاثة الأشهر التي فرضها المشرع كحد أقصى لرفعها، ليختار أطولهما. وإما عليه أن يتقيد بالمهلة التي حددها القاضي لرفعها، ولو كانت أقل من مهلة الأشهر الثلاثة المشار إليها<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن تمنح الخصم الذي أثار الدفع بعدم الدستورية مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة القديمة ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول.

(١) القضية رقم ٦٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٥- ص ٣٩٠ وما بعدها من الجزء الثامن، وكذلك القضية رقم ٧٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٧/٤/٥ -قاعدة رقم ٥٠٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية" جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦١ ص ٩٠١ وما بعدها من الجزء الثامن. ويلاحظ أن أية مهلة تحددها المحكمة للخصم لرفع الدعوى الدستورية لا تسرى في حقّه إلا إذا كان علمه بها يقينياً.

[لنظر في ذلك القضية رقم ١١ لسنة ١٧ قضائية دستورية" - قاعدة رقم ٩٠- ص ١٢٣١ من الجزء الثامن].

فإذا صغر قرارها بالمهلة الجديدة بعد انقضاء الميعاد الأول، اعتبر هذا القرار مجرداً من كل أثر<sup>(١)</sup>.

ثامناً: يتحدد نطاق الخصومة الدستورية بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي وفي الحدود التي تقدر فيها جديته. ولا تقبل الخصومة الدستورية بالتالي فيما يجاوز نطاق النصوص القانونية المدفوع بمخالفتها للدستور.

على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تعتبر وحدها مطروحة على المحكمة الدستورية العليا في حالتين:

أولاهما: أن ترتبط النصوص القانونية المطعون عليها عقلاً بنصوص أخرى غير مطعون عليها، فلا يكون تضام هذه النصوص إلى بعضها غير تعبير عن تكاملها. وهو ما يتحقق على الأخص إذا كان الفصل في النصوص المطعون عليها وحدها لا يحقق نتيجة عملية للطاعن. ومن ثم تؤخذ معها وإلى جانبها النصوص القانونية التي تعطى النصوص المطعون عليها معناها.

ومن ذلك أن لكل جريمة عقوبتها. فإذا طعن خصم في نصوص التجريم، تعين أن يتحدد نطاق هذا الطعن ليس فقط على ضوء تلك النصوص؛ وإنما بربطها بالعقوبة التي فرضها المشرع على مخالفتها.

ثانيتهما: إذا بدأ من مقاصد الطاعن من تجريح النصوص المدفوع بعدم دستوريته، أنها لن تبلغ غايتها بغير ضم نصوص أخرى إليها<sup>(٢)</sup>.

تاسعاً: أن الدفع بعدم الدستورية كان يعتبر في قضاء متواتر لمحكمة النقض من قبيل الدفع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة أمامها. إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض أصدرت في الطعن المقيد بجدولها برقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٦٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية"؛ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦١٥ - ص ٩٠٢، ٩٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع.

هيئة عامة، حكمها في شأن الآثار المترتبة على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص لازم للفصل في الطعون بالنقض المطروحة، وقد خُصص قضاؤها في ذلك إلى أن ثمة رأيين يتنازعان هذا الموضوع:

أولهما: وموداه أن أثر الحكم بعدم الدستورية لا ينسحب إلى الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت بموجب حكم نهائي سابق في صدوره على نشر الحكم بعدم الدستورية، ولو أدرك هذا الحكم الأخير النزاع أمام محكمة النقض.

ويقتضي ثانيهما: إعمال أثر ذلك الحكم على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض.

وقد انحاز قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض في الطعن المشار إليه إلى الاتجاه الثاني تأسيساً على أن قضاء المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، يعتبر كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص. ويتعين بالتالي إعمال كل حكم صدر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون -من اليوم التالي لنشر هذا الحكم- على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض، ولو صدر هذا الحكم بعد صدور الحكم المطعون فيه، بحسبان أن تطبيق قضاء المحكمة الدستورية العليا أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها.

#### عاشرا: الإحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا

٣٥٥- قد لا يبصر الخصم عوار مخالفة النصوص القانونية التي تحكم النزاع للدستور. فإذا أدركتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي المطروح عليها النزاع، تبين عليها -وعلاً بالبند ٢٩ من المادة/ ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تحيل مباشرة إليها النصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، وأن يكون قرارها بإحالة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في صحتها أو بطلانها، قاطعاً باتجاه إرادتها إلى عرضها عليها حتى تقول كلمتها فيها، ومتضمناً بيان هذه النصوص بصورة تفصيلية، فضلاً عن تحديد أوجه مخالفتها للدستور.



ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مكلفة بالخضوع للقانون، شأنها فسي ذلك شأن الناس جميعهم، وشأن الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها. ويقتضيها هذا الخضوع ألا تطبق على النزاع المعروض عليها قاعدة قانونية تتناقض للدستور شكلاً أو مضموناً.

فإذا بان لها من وجهة مبدئية أو أولية أن عيباً اعترأها بما يبطلها لخروجها على الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها أو لمجاوزتها مادة الدستور أو محتواه، فإن عليها أن تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، وأن تترص قضاءها فيها، فلا تفصل في النزاع المعروض عليها إلا بعد صدوره<sup>(١)</sup>.

٣٥٦- وتعتبر الإحالة منصرفة ليس فقط إلى النصوص القانونية التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، وإنما كذلك إلى غيرها من النصوص التي ترتبط عقلاً بها وتتضام معها في تحديد الإطار المنطقي للخصومة الدستورية، فضلاً عن النصوص التي يسل هذه المحكمة أو الهيئة على اتجاه إرادتها إلى عرضها على المحكمة الدستورية العليا، ولو لم يشر إليها صراحة.

#### حادي عشر: رخصة التصدي المخولة للمحكمة الدستورية العليا

٣٥٧- والطريقتان السابقتان لاتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، والمنصوص عليها في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، تفترضان تعلق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بنزاع غير معروض على المحكمة الدستورية العليا. ولا كذلك مباشرة هذه المحكمة لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها. ذلك أنها تفترض وجود نزاع أمام المحكمة الدستورية العليا نفسها، وأن الفصل فيه يدخل في اختصاصها، وأن القاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع أو التي تؤثر في نتيجة، قد داخلتها في تقدير المحكمة الدستورية العليا شبهة مخالفتها للدستور، فتحيلها إلى هيئة المفوضين بها لتقديم تقريراً برأيها فيها ثم تصدر حكمها بصحتها أو بطلانها بعد إيداع هذا التقرير لديها.

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٥٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣٥٨- ويقابل نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حكم البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن هذه المادة وذلك البند يستهدفان تأكيد مبدأ الخضوع للقانون -والدستور في نراه- حتى لا تطبق أية محكمة في نزاع معروض عليها، غير النصوص القانونية التي تتصل به وتؤثر في نتيجته، وبشرط اتفاقها مع الدستور. ومن ثم تكامل للشرعية الدستورية حلقاتها من خلال إعلاء المحاكم جميعها -وأيًا كان موقعها- لنصوص الدستور على ما عداها.

٣٥٩- على أن لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا شروطها الخاصة بها، والتي لا شأن لها بشروط تطبيق البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن الرخصة المخولة للمحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٢٧ من قانونها، مقيد إعمالها بالشروط الآتي بيانها:

أولاً: أن يكون ثمة نزاع مطروح أصلاً على المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها<sup>(١)</sup>. وهذا النزاع هو الخصومة "الأصلية" المطروحة عليها. وليس بشرط أن يتخذ ذلك النزاع شكل خصومة دستورية. ذلك أن الخصومة التي تطرح على المحكمة الدستورية العليا، وتدخل في اختصاصها، قد تكون خصومة تتنازع على الاختصاص، أو خصومة مناطها التناقص بين حكّمين قضائيين نهائيين. وتدخل هذه الصور جميعها في مفهوم النزاع المعروض على المحكمة الدستورية العليا في حدود ولايتها. ولا يعتبر طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، خصومة قضائية في تطبيق أحكام المادة ٢٧ من قانونها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن تقدر المحكمة الدستورية العليا أن للنزاع الأصلي المعروض عليها صلة بنص قانوني عرض لها بمناسبة نظرها لهذا النزاع؛ وأن هذا النص يبدو من وجهه مخالفاً للدستور.

(١) انظر طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية - المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١١ يونيو ١٩٨٢ - قاعدة رقم ٥ - ص ٢٢٤ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها حيث تقرر المحكمة بأن إعمالها لرخصة التصدي المخولة لها بنص المادة ٢٧ من قانونها، منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي، متصلاً بنزاع معروض عليها. فإذا انتفى قيام النزاع أمامها، لم يعد لرخصة التصدي سند بسوغ إعمالها.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وتتحقق الصلة بين ذلك النص وبين الخصومة الأصلية المطروحة عليها، إذا كان الفصل في دستوريته مؤثراً في محصلتها النهائية<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: أن تحيل المحكمة الدستورية العليا إلى هيئة المفوضين بها النص المناقض في تقديرها المبذنى للدستور، كى تعد هذه الهيئة تقريرها فيه، لتفصل هذه المحكمة نهائياً بعد إيداع هذا التقرير لديها، في صحة أو بطلان ذلك النص.

#### ٣٦٠- وما تقدم مؤداه:

\* أن الخصومة المرفوعة أصلاً إلى المحكمة الدستورية العليا، هي الخصومة الأصلية التى يتعلق موضوعها بالنزاع المطروح عليها ابتداءً.

\* وإلى جواز هذه الخصومة الأصلية، تقوم خصومة فرعية محلها نص قانونى يتصل الفصل فى دستوريته بالخصومة الأصلية أيا كان موضوعها. وهو ما لا يتصل بها إلا إذا كان مؤثراً.

ويبدو بالتالى محل نظر قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية<sup>(١)</sup> ذلك أن النص الذي كان مطعوناً عليه في هذه الخصومة هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الذي حظر علي أعضائه الطعن فى القرارات الإدارية النهائية الصادرة بنقلهم أو نديهم. وقد تبين للمحكمة الدستورية العليا أن هذا الحكم مقرر كذلك بنص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية بالنسبة إلى رجال القضاء العاملين فى المحاكم، فتصدت لهذا النص حتى تفصل فى دستوريته هو ونص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة بحكم واحد، وفاتها أن التصدى لدستورية نص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية لن يؤثر على الإطلاق فى النزاع المرفوع إليها أصلاً فى شأن دستورية نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة، وأن هذين النصين وإن كانا متشابهين، إلا أن مجرد تشابهها لا يخولها الفصل فى دستورية نص المادة ٤٨

(٢) الحكم السابق ص ٨٣٤.

(١) صدر هذا الحكم بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٤، ونشر في ص ٥٠ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

من قانون السلطة القضائية لاتعدام صلته بالنزاع المعروض عليها أصلاً، وانعدام أثره بالتالي على نتيجة الفصل في هذا النزاع.<sup>(١)</sup>

• أن الصلة بين هاتين الخصومتين لازماً أن تفقد الخصومة الفرعية كل مبرر للفصل فيها إذا لم يعد للخصومة الأصلية من وجود. ذلك أن الخصومة الفرعية أمر عارض على الخصومة الأصلية، تبقى ببقائها ونزول بزوالها. ويتعين بالتالي أن تتوافر في الخصومة الأصلية شرائط قبولها، وأن تظل مستوفية لها حتى الفصل في الخصومة الفرعية وبشروط أن تستكمل هيئة المفوضين تحضير هذه الخصومة بأن تقدم رأيها القانوني في شأن دستورية النص المحال إليها من المحكمة الدستورية العليا، ولأن يتم هذا التحضير وفق أحكام المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانونها<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٧- ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### الفصل الثالث والعشرون

#### الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية

##### المبحث الأول

##### فرائض الديمقراطية

٣٦١- تقتضى نظم الحكم الديمقراطية خضوع الدولة للقانون بحكم كونها تابعة لقاعدة تلوها لا تصنعها ولا يجوز أن تخل بها، وإنما تحيط بها وتقيده كافة سلطاتها وأجهزتها.

وليس مهما القول بأن الدولة هي تشخيص للجماعة، ولا بأنها تمثل الفروق بين الحاكمين والمحكومين الذين يتعاونون معها في إدارة وتسيير مرفقها.

ذلك أن قاعدة القانون التي تلوها وتقيدها، هي التي تحدد كذلك واجباتها، وكافة مظاهر التعبير عن إرادتها. وإذا كان البعض من أنصار النظرية الفردية La doctrine individualiste يقول بوجود حقوق طبيعية لا تتقدم، ولا يجوز النزول عنها، وإنها سابقة في وجودها على الدولة وتقيدها حركتها؛ وكان آخرون من أنصار مفاهيم التضامن الاجتماعي La conception solidariste يقولون بأن قاعدة القانون الأعلى الفائزة في الضمائر، هي التي تقيدها كافة؛ فإن وجود هذه القاعدة -أيما كان أساسها- لا يجوز إنكاره.

ولا حاجة بعد ذلك فيما يقرره بعض الفقهاء والفلاسفة الألمان مثل Kant, Hegel, Ihering من أن القانون من خلق الدولة تصوغ أحكامه بنفسها، فلا يقيدها إلا في الحدود التي تقبلها.

ذلك أن آراءهم هذه لا تقتضى تغيير مفاهيم السلطة المطلقة في الداخل L'absolutisme à l'interieur والحق في الغزو والفتح في الخارج La politique de conquête à l'exterieur وجميعها مفاهيم تتناقض حقيقة أن القانون بغير القوة، عجز مطلق؛ وأن القوة بغير قانون هي

التحكم، وأن القوة التي لا يوجهها القانون ويقيدها هي الفوضى<sup>(١)</sup>. وليس انتحال الدولة بالتسلل لمسلطة لا تملكها قانونا، غير تفويض لهذه السلطة ذاتها بجيز التمرد عليها وعصيانها.

وإذا قبل بأن مجاوزة الدولة حدود قاعدة القانون التي تلوهما لن يقترن بجزء، لأن عناصر القوة بيدها، ويستحيل أن توجهها ضد نفسها، وبما يناقض مصالحها؛ إلا أن مفاهيم التفرد بالسلطة وبالقوة التي تقارنها، يتعين أن يوازنها التكوين الداخلي للمسلطة السياسية التي تواجه تحكم الدولة L'omnipotence de l'Etat من خلال نظم برلمانية غايتها ضمان حقوق الأفراد وحياتهم في إطار مبدأ الشرعية. Le Principe de légalité ومؤاده أن مجاوزة السلطة حدود ولايتها، تدل على انحرافها ليس فقط عن تخوم هذه الولاية، وإنما كذلك عن الأغراض التي يفترض أن تستهدفها.

ولم يعد جائزا أن تدير الدولة أوجه نشاطها، ولا أن تشرع لتنظيمها، مطمئنة إلى غفوة الرقابة عليها أو تراخيها. ذلك أن وثائق إعلان الحقوق والدمائير الجامدة تقيدها وتوجهها. وإلى جانبها السلطة القضائية التي كفل الدستور استقلالها وجبدها لتفصل بضوابطها الموضوعية في كل نزاع من طبيعة قضائية تكون الدولة طرفا فيه. فلا يكون تنفيذ أحكامها غير خضوع مطلق للقانون يستتبع نصوص هذه الوثائق وتلك الدساتير، ومعها كذلك المبادئ العامة للقانون، وهي غير مدونة بطبيعتها وعريضة في اتساعها. وجميعها من عناصر مبدأ ذي قيمة مطلقة في مجال تطبيقه، هو مبدأ الشرعية<sup>(٢)</sup>.

وتظل النظم الديمقراطية مختلفة فيما بينها في أشكالها وابعادها، وإن كانت الخطوط التمس تجمعها، والركائز الجوهرية التي تقوم عليها، واحدة في مفاهيمها إلى حد القول بأن عيوبها فسي نظم بعينها مؤداه انفكاك الطبيعة الديمقراطية عنها، وتخلفها في جوهر خصائصها. وهذه الخطوط الرئيسية التي تربط النظم الديمقراطية ببعض، هي التي نتناولها في الأفرع الآتي بيانها.

(١) قرر Seydel - وهو أحد الفقهاء الألمان - أنه فيما بين الدول، ليس ثمة قانون. ذلك أن القوة هي التي تحكمها وليس ثمة قيمة لغير القوة.

[إشار إليه في الطبعة الثالثة من الكتاب الثالث للمعيد دوجي (باريس ١٩٣٠) وعنوانه:

[Traité de Droit Constitutionnel].

(٢) انظر في ذلك:

### المبحث الثاني

#### التعددية La pluralisme

٣٦٢- لا ديموقراطية بغير تعددية. ونظم الحكم المدنية في كل أشكالها جوهرها التعددية التي تتناقض الاحتكار والافتراء والتمسك والتجبر والآنزواء. ولا مكان للتعددية بالتالي في نظم تتركز السلطة فيها في يد واحدة تطلقها في كل شأن، لتحكم قبضتها على الحياة في كافة مظاهرها أو في صورها الأكثر أهمية.

وليس للتعددية كذلك من وجود في نظم تحدد بنفسها حقوق الأفراد وحررياتهم في مضمونها ونطاقها وشرائط مباشرتها؛ ولا في نظم لا تقبل من الآراء إلا ما يوافقها ولا يتخطى خطوطا حمراء تعينها؛ ولا في نظم تقيض بيدها على أرزاق مواطنيها بعد تصنيفهم بين مؤيد لها ومعارض لتوجهاتها؛ ولا في نظم تطارد خصومها وتسخر القانون لخدمة مصالحها الضيقة؛ ولا في نظم تقوم على احتكار مصادر الثروة وتقوض ببيان القطاع الخاص، ولا في نظم لا تستشير اهتمام المواطنين بها وتحملهم على الآنزواء بعيداً عنها. ذلك أن التعددية تمثل من الديموقراطية نواتها ونبيض قلبها، ومن حقوق المواطنين وحررياتهم ركيزتها. وهي بذلك قيمة دستورية مطلقة لا يجوز تقيدها، ولا يتصور أن يكون لها وجود في أجواء خانقة تحيط بها. وهي جوهر الديموقراطية أو أساسها le fondement de la démocratie وليس مجرد شرط لتطبيقها (١) Une des conditions de la démocratie.

### المطلب الأول

#### التعددية مدخل للديموقراطية وضرورة للنظم

٣٦٣- ويستحيل بالتالي تصور الديموقراطية بغير تعددية تتداح دوائرتها لتفرض نفسها على النظم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية جميعها. فلا تجد هذه النظم مكانها ومكانتها بدونها، ولا يفترض وجودها ولا تطورها وفقاً للدستور فيما وراءها.

(١) قضى المجلس الدستوري بقراره الصادر في ١١/١/١٩٩٠ [C.C.8.-271 D.C., 11 janv.1990 R.P.21]

بان تنوع الأفكار والآراء أساس الديموقراطية. وكان قد قضى بقراره الصادر في ١٨/٩/١٩٨٦ بأن التعددية أحد شروط الديموقراطية.

ولا يجوز بالتالى النظر : - التعددية باعتبارها مطلباً مرغوباً فيه فقط، وإنما هي ضرورة مطلقة، وحتمية لا مناص منها كطريق للتقدم. ومن ثم صبح القول بأنها وعاء لكل الآراء، وكافة القيم في توافقها وتناحرها، في تخالفها وتقابلها، وهى كذلك مدخل لحق الإنسان فى أن يعلم، وأن يستقل بزيادة الاختيار، وأن يفاضل بين بدائل، وأن يحصل على كل معلومة يريدها، وأن يقابلها بغيرها، وأن يرصدها فى كافة مواقعها، وأن يطور من ملكاته، وألا تنحصر آفاق مداركه، وأن ينفذ إلى كافة الآراء حتى تلك التى تضيق السلطة بها، وأن يطل عليها بكل الوسائل، وفيما وراء حدوده الإقليمية، وبغير أن يقيد المشرع من تدفقها سواء بتقليص أدواتها أو طرائق نقلها أو وسائل تداولها<sup>(١)</sup>.

٣٦٤- ولا يجوز بالتالى فى إطار التعددية، أن تكون الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام مجرد مرآة لمن يملكونها أو يوجهونها، تعبر عن نواتهم أو عن مصالحهم. فلا تكون أبوابها متاحة لمن يطرقونها، وإنما يصدون عنها، بما يناهض حرية التعبير التى تقرض تعدد قنواتها واتساع دائرة السوق المفتوحة لعرض الآراء من خلالها، وتتوع هذه الآراء واختلافها فيما بينها. فلا يكون احتكار الآراء أو حتى تقييد دائرة تلقيها أو عرضها غير نقيض لحرية التعبير. وهى من صور التعددية التى تتأبى على التخصيص، ولا تقبل غير تنوع مجالاتها طويلاً وعمقاً. وهى بذلك لا تقتصر على تعدد الآراء من منظور حرية التعبير. ولكن دائرتها الأعرض تواجه كذلك حرية الابتكار والإبداع فى العلوم والفنون على اختلافها، سواء كان التعبير الخلاق موسيقياً أو رمزياً أو بالصورة أو بالمرح أو بغير ذلك من وسائل الابتكار على تباينها - ما كان أدبياً أو فنياً أو صناعياً أو بحثياً - بما يكفل اتساع آفاق العلوم والفنون فى طرائقها وقنواتها وأدائها.

وتنتقل التعددية من دائرة العلوم والفنون، إلى دائرة التكوين الاجتماعى، فكل جماعة أقليتها وثقافتها ومصادر تراثها المختلفة. وتكفل التعددية لكل أقلية خصائصها التى تنفرد بها، والحق فى التعبير عن توجهاتها، ومواجهة الأغلبية باحتياجاتها.

(١) يقول المحمد الدستوري العرسى بقراره الصادر فى ١٠/٣/١٩٨٨، بأن تعدد الآراء والأفكار قريضة دستورية نصصها التعددية، وألى تنوع الآراء والأفكار هو أسس الديمقراطية.



والمواطنون في الدولة الواحدة قد لا تجمعهم أصول عرقية واحدة بما مؤده تباين ثقافتهم وتنوع اهتماماتهم، وحتى تضاد مصالحهم. والتعددية طريقهم إلى التعبير عن ذلك كله في إطار من الحقوق التي كفلها الدستور لكل مواطن.

٣٦٥- والتعددية بذلك فريضة دستورية Une exigence constitutionnelle تناقض انصهار الحياة السياسية في تنظيم حزبي وحيد يتسلط عليها ويوجهها. ذلك أن التعددية الحزبية Multipartisme هي قاعدة للنظم السياسية ومحورها. فلا ينفلق محيطها على تكوين خاص يرتبط بالسلطة، ويعمل بإمرتها. وإنما تحيط الأحزاب المختلفة بها، لتعارضها وتقوم اعوجاجها، ولتحل محلها في إطار النظم الديمقراطية التي تفرض تبادل السلطة وانتقالها فيما بين الأحزاب السياسية على ضوء ثقافتها ومكانتها بين المواطنين.

ولا يجوز بالتالي تطبيق تأسيسها على ترخيص، ولا منعها من اختيار طرائقها في العمل، ولا تحديد برامجها الأوفر على تحقيق أهدافها، ولا عرقلة نشاطها أو مطاردة أنصارها، أو منعهم من الانضمام إليها أو الخروج منها، أو حرمانها من التنافس فيما بين بعضها البعض وصولاً إلى الحكم. ودون ذلك تكون الحياة السياسية هادمة خطواتها، فقيرة ملامحها بما يحيلها قسوة عاجزة ليس لها من فعاليتها وحيويتها وتنوع مصادرها، ما يكفل لها تحقيق تغيير يكون مطلوباً<sup>(١)</sup>.

شأن الحرية السياسية في ذلك شأن حرية الاجتماع التي تكفل بذاتها حق من حضوره فسي تحديد المسائل التي يناقشونها، وتقرير حلول يرونها فيما يؤرقهم على ضوء مفاضلتهم بين آراء مختلفة وتعمقهم أوجه خطئها أو صوابها. ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تترصد لهم لأراء أيدوها، ولا أن تسائلهم عنها، ولا أن تمنعهم من حضور اجتماع حتى لا يسهموا فيه بنشاطهم.

(١) وحتى المعونة المالية التي قد تمنحها الدولة للأحزاب السياسية القائمة، وإن كان الدستور لا يمنعها، إلا أن تدخل الدولة بها يكون محظوراً، إذا كان الغرض من صرفها تحقيق نوع من التبعية تربط هذه الأحزاب بالدولة، أو إجهاض التعبير الديمقراطي عن مختلف الآراء والأفكار.

Le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'Etat, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions.

C.C.89 - 271. D.C. 11 Janv. 1990. R.P.21

وشأن مصادرة حرية الاجتماع أو تقييدها بغير مبرر، شأن الإخلال بكافة النظم التى تتنوع عنها وتستغل بها، كالنظم النقابية فى مستوياتها المختلفة. ذلك أن هذه النظم لا يكون لها من وجود إذا علق المشرع تأسيسها على قرار يصدر عن جهة إدارية أو قضائية. وكذلك إذا منعها من اختيار أدواتها ووسائلها فى العمل، أو حد من سلطة التقرير التى تملكها فى كل شأن يتعلق بها. فضلاً عن أن تعدد النظم القائمة على حق الاجتماع يحثى تلك التى تتوافق فى الخطوط الرئيسية لأهدافها - يكفل تنافسها لتحقيق الخير العام ليس فقط لأعضائها، وإنما كذلك للمواطنين خارج دائرتها.

### المطلب الثانى

#### التعددية قيمة دستورية

وتظل التعددية ليس فقط قيمة دستورية، بل ضرورة عملية يرتبط بها التنوع فى مظاهر الحياة على اختلافها، فلا تنقسم برتائبتها ولا بجمودها.

وتعارض التعددية بوجه خاص احتكار وسائل الإعلام، وتقييد حقوق من يملكونها أو يديرونها. وليس لهؤلاء وهؤلاء تحديد نوع الآراء التى تطرح فيها، ولا مصادرة وسائل نقلها، ولا التمييز بين المواطنين فى مجال عرضها، ولا تحديد دائرة من يتلقونها أو من يقولون بها. وإنما هى الأفاق المفتوحة نوافذها لها؛ تسمعها فى كل سورها، وبغض النظر عن مضمونها. ذلك أن وجاهة بعض الآراء أو قبحها، لا تحدد درجة القبول بها. وثراء بعضها فى معنوماتها، أو عمق الفائدة التى تعود على المواطنين منها، ليس بشرط لترويجها.

ومرد ذلك أن الآراء لا يجوز تصنيفها إلى آراء مؤثرة بالنظر إلى قيمتها؛ وآراء عقيمة على ضوء خلفها وضيق أفقها. فالتعددية لا تستقيم خصائصها، بغير رحابتها وتسامحها، وتنوع مجالاتها، وينتراضها على التوفيق بين عناصر التنافس، وينزولها على الحقائق.

وهى بذلك عنوان صدق الحملة الانتخابية التى لا يجوز أن يقلص المشرع من دائرة المرشحين الذين يتزاحمون فيها؛ ولا من دائرة الناخبين الذين يفاضلون بينهم؛ ولا أن تخل بحق الأولين فى تكافؤ الفرص التى يعرضون من خلالها برامجهم ويتولون الدفاع عنها والترويج لها،

بما يقربهم من الناخبين ويحيطهم بكافة الحقائق التي تتعلق بمناصبيهم؛ وبأوجه التوافق والتعرض معهم، وبأيهم أجدر بالدفاع عن مصالحهم، وأدنى إلى نفعهم.

كذلك فإن المواطنين الذين تتعلق مصالحهم بمشروع ما، يعينهم البصر بكافة الحقائق التي تتعلق بكيفية تسييره، وبنواحي القصور فيه، وبمصادر التمويل التي يعلنها وتلك التي يخفيها، وبمصارفها الظاهرة والمستترة، وبقناتها الموافقة والمخالفة للقانون، وبرامجها في العمل ومراحل تنفيذها، ونطاق سلطاتها وحقيقة أغراضها.

ويفترض ذلك تمكينهم من النفاذ إلى كل معلومة تتعلق بالمشروع بقدر اتصالها بمراقبتهم لحسن سيره. وتلك صورة من التعددية التي تبسط آفاقها كذلك على تنوع المعاهد التعليمية واختلافها في مناهجها وطرائقها في التعليم ووسائل عرضها، وثراء مستوياتها، وعمق بحوثها بما يوفر فرص المواطنين في المفاضلة بينها، فلا يختارون منها غير ما يوافق ملكاتهم وقدراتهم دون تمييز بينهم مرده إلى لونهم أو أصلهم<sup>(١)</sup>.

٣٦٦- والتمييز بين المواطنين المنماتلين في المراكز القانونية سواء من خلال الاستبعاد أو التفرقة أو التفصيل أو التقييد، يناقض تساويهم أمام القانون، ويوقض حيوية الجماعة التي ينضمون إليها. فلا يتضامنون معها، بل ينقلبون عليها وينزلون عنها، ولا يتواصلون فيما بينهم على التعاون.

ولن يكون العمل العام بالتالي محصلة جهودهم ولا ناتج خبراتهم، ولا تعبيراً عن وعيهم بمصالح أمنهم، بل توجهها فردياً تتعثر خطاه، بما يناهض التعددية ويهدم أسسها. كذلك فإن مصلحة المواطنين في إدارة المرافق العامة الحيوية لحمايتهم، هي التي تقتضى من الدولة -على الأقل- أن تكون شريكاً فيها حتى لا يستغل القطاع الخاص بها وبوجهها منفرداً بشئونها.

(١) C.C.84 - 181 D.C., 10-11 Oct. 1984, R. P. 73.

### المطلب الثالث

#### تعلق التعددية بصور نشاط الإنسان على اختلافها

٣٦٧- ويحرص قضاء الشرعية الدستورية على ضمان التعددية فى صورها المختلفة بالنظر إلى تعلقها بصور نشاط الإنسان على تباينها، وعلى الأخص ما ارتبط منها بالاختيار الحر فى مجال حق الاقتراع والمفضلة بين الآراء، والموازنة بين الأحزاب، والمقابلة بين العقائد؛ وتحديد ما يمتنع من الأعمال، وما نسلكه من طرائق الحياة، وما تقتضيه الدفاع عنها من وسائل تكفل تحقيق أهدافها، والديموقراطية وفق مفاهيمها المعاصرة، وما يقتضيه الدفاع عنها من وسائل تكفل تحقيق أهدافها، ومقاومة كافة الضغوط التى تحد من حركتها. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال اللجوء إلى فرائض العقل لتعميق إرادة الاختيار، ولتقرير الحلول الملائمة لأوضاع قائمة. فلا تكون الحياة صوتاً واحداً، ولا تعاق آراء جديدة عن الظهور، ولا يسحق كيان أكبر غيره. وإنما تتعاقب النظم جميعها من خلال المفاهيم الديموقراطية كطريق وحيد لتعميق إرادة الاختيار، ولتداول السلطة بمن ينأى تركيزها فى يد واحدة وكأنها ورثتها؛ فلا تكون الحياة موصدة أبوابها، ولا توجهها منفرداً واقعاً وراء جدران مغلقة.

بل حواراً متصلاً ومتداخلاً لا يعتبر فقط مجرد مظهر للتعبير عن المصالح الوطنية، وإنما هو كذلك قاعدة تكوينها<sup>(١)</sup>.

(١) راجع فى ذلك قرارات المجلس الدستوري الآتية:

C.C. 81- 129 D.C., 30- 31- Oct 1981, R.p. 35; C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1983 R.p. 48; C.C. 84- 181 D.C. 10-11 Oct. 1984, R.p. 73; C.C. 86- 210 D.C., 29 juil. 1986 R.p. 110; C.C. 88- 248 D.C. 17 janv. 1989, R.p. 18

### المبحث الثالث

#### ضرورة النزول على القيم التي تطور الدستور

٣٦٨- لم يكن التعبير القائم اليوم من أن للإنسان حقوقاً لا يجوز التفريط فيها، تعبيراً قديماً، فقد كان لجون لوك -وهو أحد الفلاسفة الإنجليز خلال القرن السابع عشر وأحد أهم أنصار القانون الطبيعي- وكذلك لكل من فولتير ومونتسكيو وجان جاك روسو -وهم من فلاسفة فرنسا في القرن الثامن عشر- فضل توكيد كثير من حقوق الإنسان.

ومن ذلك ما قرره لوك لبان الثورة الإنجليزية لعام ١٦٨٨<sup>(١)</sup> من أن للفرد -وبوصفه كإنسان- من البشر- حقوقاً لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى وجودها في إطار الحالة الطبيعية التي كان عليها، والسابقة على دخول الأفراد في تنظيم اجتماعي من طبيعة مدنية. ويندرج في إطار هذه الحقوق، حقهم في الحياة وفي الملكية، وفي التحرر من تدابير القهر التي تتخذها السلطة التحكيمية قبلهم.

ذلك أنهم ما نزلوا للدولة -ومن خلال عقد اجتماعي معها- إلا عن الحق في حماية هذه الحقوق وفرضها على من يخلون بها. ولكنهم لم يتخلوا لها عن أصل تلك الحقوق التي احتفظوا بها لأنفسهم. وهو ما خولهم الحق في مقاومتها والثورة عليها إذا كان ضمانها لحقوقهم تلك قاصراً أو غير قائم.

وقد انضم إلى لوك آخرون تأثروا بالأفكار القائمة في زمنهم، وانحازوا إلى حكم العقل. فانتقدوا بكل قوة فرائض الدين، والحقائق العلمية التي لا تجوز مناقشتها Scientific Dogmatism والقيود الاجتماعية -الاقتصادية التي تفرضها الدولة على مواطنيها. وأبدلوا ذلك كله بالقيم التي تخص الناس جميعهم في كل عصر، والتي لا يجوز النزول عنها.

وقد كان لهذه الأفكار أثر كبير في الدول الغربية في نهاية القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التالي. فقد كانت الثورة الإنجليزية عام ١٦٨٨ ووثيقة الحقوق التي أقرتها، مانلة أمامها ليس فقط كحقيقة تاريخية، وإنما كذلك من منظور نوع الحقوق التي ناضل الثوار الإنجليز لتبنيها.

(١) تسمى الثورة المحيدة The glorious revolution.

وتبعمهم فى ذلك توماس جيفرسون فى أمريكا الشمالية الذى صاغ وثيقة إعلان الاستقلال بصورة شاعرية وبعبارة بليغة<sup>(١)</sup>. متأثراً فى ذلك بجون لوك ومونتسكيو. إذ تقرر هذه الوثيقة أن الحقوق التى تضمنها، واضحة بنفسها، وأن جوهرها أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً. وأن خالقهم منحهم حقوقاً لا يجوز النزول عنها، ويندرج تحتها الحق فى الحياة، وفى الحرية، وفى تحقيق سعادتهم.

وحذا المركز De Lafayette فى فرنسا حذو الثورتين الإنجليزية والأمريكية فيما قررتاه من حقوق للناس لا يجوز الإخلال فيها. فقد أصر على أن الناس ولدوا أحراراً متكافئين فى الحقوق، وأنهم يظلون كذلك وكان منطقياً بالتالى أن ترصد الحقوق التى كفلتها هاتين الثورتين، أصداؤها فى إعلان حقوق الرجل والمواطن Declaration of the rights of Man and citizens الصادر فى ١٧٨٩/٨/٢٦.

فقد قرر هذا الإعلان أن لكل رجل حقوقاً لا تتقادم ولا يجوز النزول عنها، وأن حقوقه هذه تتمثل فى الحرية، وفى الملكية، وفى الأمن ومقاومة الطغيان، وأن الحق فى الحرية لا يقتصر على تحرير الإنسان من صور القبض والاحتجاز غير المبرر، وإنما يشمل كذلك حرية تبادل الآراء، والحق فى الاجتماع، وحرية العقيدة.

وهذه الحقوق ذاتها هى التى رددتها بعد ذلك وثيقة إعلان الحقوق الأمريكية المضافة فى عام ١٧٩١ إلى الدستور الأمريكى الصادر فى ١٧٨٧. وهو ما عزز الاقتناع بأن مفاهيم حقوق الإنسان -ربغض النظر عن الاسم المعطى لها- كان لها فى نهاية القرن الثامن عشر -عصر التنوير The Age of enlightenment- ولواتل القرن التاسع عشر، دور هام فى النضال ضد السلطة السياسية المطلقة.

وقد نجم هذا التطور بوجه خاص عن إخفاق السلطة السياسية فى ضمان حرية مواطنيها وتساويهم أمام القانون.

(١) وقعت على وثيقة إعلان الاستقلال ثلاثة عشر مستعمرة أمريكية وذلك فى ٤ يوليو ١٧٧٦.

بيد أن عمق هذا التطور، قابله تطور آخر. ذلك أن الذين قالوا بالحقوق الطبيعية للناس جميعهم، وصفوها بالإطلاق، وبالأبدية، وبعدم جواز تغييرها أو تعديلها، أو العدول عنها، أو التفريط فيها.

وهي مفاهيم تتناقض أن كل الحقوق -وبوجه عام- تقبل قنراً من التقييد، مما عرض الحقوق التي طلبها الناس لأنفسهم كحقوق لا تتبدل، إلى الهجوم عليها من اليمين واليسار وحتى من بعض الفلاسفة ومن بينهم كل من Edmund Burke و David Hume و Jeremy Bentham في إنجلترا. فقد كان تخوفهم من مفاهيم الحقوق الطبيعية، أن تؤكد الجماهير لها مؤد إلى الفوضى؛ وأن تطبيق وثائق إعلان هذه الحقوق كبديل عن القوانين الفعالة التي يضعها البرلمان، يعطل دوره؛ وأن مساواتها بين الناس جميعهم على ما بينهم من صور التباين، يجعلهم يتوقعون ما لن يتحقق يوماً؛ وأن كل الحقوق مردها إلى القوانين القائمة. وهي قوانين، واقعية لا تخيلية، كذلك التي تقوم على مفاهيم القانون الطبيعي التي لا تعدو الحقوق التي أنتجتها، أن تكون حقوقاً تصورية.

وكان من شأن الهجوم على القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، أن قرر فقهاء مثل Karl Von Savigny من ألمانيا، وسير Henry Maine من إنجلترا، أن الحقوق جميعها هي نتاج بيئتها المتغيرة ظروفها؛ وأنها تتحدد بالتالي على ضوء أوضاع مجتمعاتها؛ وأن الحقيقة الوحيدة التي يمكن القبول بها، هي التي يقوم الدليل عليها من الخبرة العملية.

ولم بعد مقبولاً منذ الحرب العالمية الأولى الدفاع عن حقوق الإنسان كحقوق طبيعية، وإن كان من المسلم أن لهذه الحقوق وجوداً يخصها؛ وأن ظهورها في شكل أو آخر؛ وكذلك تنوعها وتعدد صورها -التي يندرج تحتها إلغاء الرق، وتقرير الحق في التعليم العام، وتكوين النظم الانتخابية- لخبر دليل على أن هذه الحقوق لا تزال قائمة حتى بعد أقول أصل اشتقاقها من القوانين الطبيعي. ولم تتحول تلك الحقوق إلى حقيقة واقعة إلا بعد ظهور النازية وسقوطها.

ولئن كان القبول العام اليوم بحقوق الإنسان في النظامين الداخلي والدولي، لم يعد محل نزاع جاد، إلا أن طبيعة ونطاق هذه الحقوق، لازال مختلفا عليها. ومعها يدور الجدل حول ما إذا كان يجوز النظر إلى حقوق الإنسان كحقوق إلهية المصدر، أم كحقوق خلقية أو قانونية أم كحقوق مصدرها عقد اجتماعي، أم كحقوق قام الدليل عليها مما اعتاده الناس وسلكوه في أعرافهم، أم كحقوق مردها إلى العدالة التوزيعية، أم كحقوق يلهمها سعى الناس إلى السعادة وطلبهم لها.





ولم تعد حقوق الأفراد المدنية والسياسية بالتالى غير حقوق سلبية تتوخى حماية الأفراد من صور العدوان على الدائرة التى يصونون فى محيطها خواص حياتهم، ويطمنون فى نطاقها إلى حرمانهم، ويكفلون من خلالها استقلالهم وذاتيتهم. ولا يجوز وصفها بالتالى كحقوق يملكها الأفراد ليكفلوا من خلالها -بصورة إيجابية- الأغراض التى يطمعون فى تحقيقها.

رابعاً: أن الحقوق الطبيعية -كما يدل على ذلك وصفها- مصدرها الطبيعة، ومنهلهما نظامها، وهى بالتالى حقوق لا تتنازع، ولا تنقيد بزمان أو مكان، على تقدير أن وضوحها لا يحتاج إلى بيان، وأن طبيعتها الشاملة تتأبى على ربطها بالأوضاع القائمة فى بلد ما؛ أو بنوع الطبقة الحاكمة فيها. والطبيعة الشمولية للحقوق الطبيعية هى ذاتها الطبيعة العالمية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>

• • •

تلك هى الصلة بين المفاهيم المعاصرة للطبيعة العالمية لحقوق الإنسان، وبين المفاهيم التقليدية للحقوق الطبيعية. فإذا انتقلنا من التصور المجرد لهذه الحقوق، إلى تطبيقاتها فى السدول المعاصرة، تعين القول بأن نصوص الدستور، وإن كانت تعتبر -فى الأصل- مرجعاً نهائياً للفصل فى دستورية القوانين، إلا أن هذه النصوص قد تصادم فيما إنسانية يستحيل التفریط فيها. وهى قيم يفترض أن يعمل الدستور على ضمانها، لا أن يقرر هدمها. فإذا نقض بنص فيه ما كان من هذه القيم جوهرياً، فإن تقرير بطلان هذا النص، يكون واجباً.

(١) Henry J. Steiner and Philip Asison, International Human Rights in Context, ١٩٩٦, p. ١٦٦-١٦٧.

### المبحث الرابع

#### الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تعلون الدستور

٣٦٩- أول هذه القيم، أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً، ولدتهم أمهاتهم كذلك، فلا يستعبون أو يُمَاززون فيما بينهم بناءً على أعراقهم أو ألوانهم أو مكانتهم الاجتماعية أو لغير ذلك من العوامل التي لا صلة لها بأدبيتهم. والتي تَنَل بحقهم في العدل والحرية وفي التضامن والسلام الاجتماعي.

فلم يكن الناس في بدء نشأتهم مستعبدين، وإنما كانوا يعملون من أجل ضمان قوتهم، لا يؤرقون غير صراعهم مع الطبيعة وكواسرها.

وكانوا يسخرون أدواتهم البدائية لخدمتهم، ولا يعرفون غير القنص أسلوباً للحياة. ولم يكن ثمة تمييز بينهم يقوم على عوامل لا شأن لها بالحالة الفطرية التي وجدوا أنفسهم عليها، ولا بالأوضاع التي يعيشونها، وإنما كان البقاء لأقوام وأحوطهم.

وما أن قبل الناس الانخراط في تكوين منى بضمهم، حتى ظهر تفاوتهم في ثرواتهم، وفي عناصر القوة التي يملكونها، وفي الأفكار التي يؤمنون بها، ومظاهر التفوق التي يدعونها، ونطاق الحقوق التي يطلبونها، والأمال التي يرجونها والوسائل التي يصطفونها لتحقيقها. وازداد بعضهم ثراء وقوة، وارتد آخرون على أعقابهم يحملون ضعفهم معهم.

وقام استثمار الثروة على الاستغلال، وظهر التمييز بين العمال وأربابهم؛ بين الفقراء والموسرين؛ بين من يملكون بالقوة ويتحكمون فيها؛ ومن يفرون منها خوفاً من بطشها؛ بين الذين يؤمنون بعقيدة تغلبها النار في غالبيتهم، والذين يظهرون عقيدة يرفضونها أو على الأقل لا يميلون إليها.

وكان ذلك مدخلاً إلى صور من التمييز بين البشر تنافي أصل تساويهم في آدميتهم وحريتهم، كالتمييز بين الرجل والمرأة قنونا في الحقوق<sup>(١)</sup>؛ وبين القادرين والعاجزين؛ وبين الأثماء

(١) تحقق هذا التمييز على الأخص في مجال حق الاقتراع، وفي نطاق أمر وحرص العمل.

والأنكباء؛ وبين المعارضين والمؤيدين لاتجاه عام؛ وبين الذين يملكون والفقراء؛ وبين الأقدميين  
توطننا والمحدثين؛ وبين الذين يَحْكُمُونَ والذين يُحْكَمُونَ؛ وبين المعتدلين والمتطرفين.

ولم يكن إهدار مبدأ المساواة بين المتماثلين، غير إخلال بحقهم في حياة يؤمنها العدل  
ويسودها السلام الاجتماعي، وإنكار للحق في صون كرامتهم من صور العدوان عليها، وهي أصل  
لحقوقهم جميعها. فلا يؤخذون بغير جريرة ارتكبوها، ولا يغمطون حقاً ثابتاً لهم؛ ولا تقيد حريتهم  
الشخصية دون مقتض؛ ولا يحزنون أو تمتحن آدميتهم؛ ولا يكرهون على فعل أو قول؛ ولا يصبون  
في أشكال جامدة لا يريمون عنها؛ ولا يفصحون عما يريدون إخفاءه؛ ولا يقهرون بغيا؛ ولا  
يحملون على ما ييغضون؛ ولا يساقون إلى أعمال لا يرضونها؛ ولا يعاقبون عن أفعال كانوا غير  
منذرين بها؛ ولا تتحط إنسانيتهم من خلال عقوبة تتنافى قسوتها موازيين الاعتدال، أو تكون  
بطبيعتها مجافية لآدميتهم بما يسئ إلى كرامتهم.

### المبحث الخامس

#### كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته

٣٧٠- يفترض في الدساتير جميعها، أن تصون للناس كرامتهم أيا كان قدر الفوارق التي تفصل بينهم. وكرامتهم هذه هي التي تنفرع عنها كذلك حريتهم في التعبير عن الآراء التي يورون صوابها؛ وفي إعلانها ومناقشتها من خلال حق الاجتماع؛ وعن طريق النفاذ إلى وسائل الإعلام؛ والانضمام إلى آخرين للدفاع عن قضايا بذواتها وإقناع الآخرين بها.

واحتفظ كل إنسان حتى بعد دخوله في تنظيم اجتماعي، بالحقوق الجوهرية التي لا ينفصل وجوده عنها، كالحق في الحياة بغير قيود عليها تعطلها في غير ضرورة؛ وفي أن يفترض براءته من التهمة الجنائية ما لم يكن قد أدین عنها بحكم قضائي صار باتاً؛ وكالنظر إلى مسؤوليته عن الجريمة باعتبار أن مناطها أفعالاً أتاها؛ وأن العقوبة التي يفرضها المشرع لا يجوز أن تتعلق إلا بجريمة ارتكبها؛ وأن حريته الشخصية هي إرادة الاختيار؛ وجوهرها الدخول في العقود التي لم يمنعها المشرع؛ واختياره من يتزوجها؛ وأنماط التعليم التي يتلقاها؛ وفرص العمل التي يميل إليها؛ وأشكال التضامن الاجتماعي التي يفضلها فيما وراء الدائرة التي يحددها المشرع؛ وأن يكون لشخصيته ذاتيتها، وللحقوق التي يطلبها موجبتها وفرائضها؛ ولخواص الحياة التي اختارها حرمتها. فلا تقتحمها وسائل علمية ترقّحها بأذانتها وتحيلها نهبا لأعينها بما يحيط بدخانئها. وصار منطقياً أن تكون كرامة الإنسان قاعدة لكل حقوقه وحرياته الأساسية، وأصلاً يقيد كل تنظيم يتناولها. وصار مفهوماً كذلك أن ينظر إلى الحقوق الرئيسية لكل فرد بما لا يجيز النزول عنها، أو التفريط فيها؛ وبما لا يخول السلطة أيا كان بأسها، حق منعها أو منحها.

ذلك أن اتصالها بخصائص الإنسان التي فطر عليها منذ خلق، ينافي نقادتها. ولا يجيز أن يخرجها المشرع عن أصل وضعها، ولا أن ينزع آدميتها التي لا يستقيم وجوده بغياها<sup>(١)</sup>.

(١) ولا كذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تكفلها الدولة وفق إمكانياتها كالحق في التماسير الاجتماعي، وفي الرعاية الصحية، وفي ضمان الرخاء، إذ لا شأن لهذه الحقوق بخصائص بني البشر، ولا يتغير بالتالي نافذة بداتها، وليس لها من عناصرها ما يفرضها على المشرع قبل توافر فرص تمويلها.

### المبحث السادس

#### حق الملكية كقيمة عليا

٣٧١- هذا الحق -ومن منظور المفاهيم المعاصرة- وثيق الصلة بالحق في العمل، وبراءة الحياة، وبضرورة أن تتوفر لكل إنسان الوسائل الملائمة للعيش. وهو كذلك مدخل إلى التنمية، والطريق الأكثر فعالية لتحقيق أسبابها ونتائجها؛ ولازدهار الجماعة وضمان تقدمها.

ذلك أن الملكية -وبقدر تعدد مصادرها، وتعاطم روافدها- توفر لاقتصاد الدولة قاعدة تراكمية يستمد منها مصادر قوته. ولم يعد جائزاً في المفاهيم المعاصرة للملكية، نقض الحق فيها، ولا تجريدها من لوازمها، أو الإخلال بمقوماتها؛ أو تقييد الحقوق التي تنفرع عنها في ضرورة تقييدها الوظيفة الاجتماعية للملكية.

ولا شبهة في أن استئثار الناس بما يملكون، كان الفطرة التي جبلوا عليها. فالناس منذ خلقهم يتقايضون. ويملكون أغنامهم وإبلهم ومواشيهم، ويعتمدون عليها في معاشهم. وإلى جانبها أدواتهم في الصيد والقتال، وأكواخهم التي يقيمون فيها ويعلمونها بأيديهم، ومراعيهم التي يستقلون بحيزها، ويرتحلون من أجل طلبها. ولهم كذلك أراضيهم التي يحتجزونها بالغلبة والقوة، والتي زرعوها استقلالا بها. وحتى زوجاتهم في العصور القديمة ملكوها بأموال يدفعونها إلى آبائهم، وصار لهم عبيد بمنطق القوة، وسبايا من غزواتهم، وكان حرصهم على الدفاع عن أجل ملكيتهم، ضارياً.

ولم تعد الملكية غير وعاء للثروة، وسياج يؤمن أصحابها من العوز. وهم اليوم مستخلفون في أموالهم بإذن من الله تعالى، فلا يبددونها لهواً أو ترفاً، فإذا قتل منهم أحد في سبيلها فهو شهيد. وحتى بعد تحرير الأرقاء من عبيديتهم، ونزواج من ربة تملكهم، والسبايا من أغلال أسرهم، ظل ثابتاً أن الملكية -وفيما هو مشروع من مصادرها- لا يجوز اعتصارها؛ ولا مصادرتها، ولا تجريدها عملاً من المزايا التي تفلها.

### المبحث السابع

#### تقييم عام للقيم التي تطوّر الدساتير

٣٧٢- تلك هي القيم الأساسية التي ارتبط بها الإنسان وأدميته، وجُسِبل بالفطرة على إحداثها، فلا يجوز أن يخل الدستور بها، ولا أن يسقطها، ولو من خلال التمرع بأن الدستور مرتبة تقدم أحكامه على النصوص القانونية الأدنى منها في درجتها؛ ولا بالقول بأن سيادة الدستور تفيد بالضرورة، تصدره النظم القانونية جميعها الاجتماعية والثقافية والسياسية، وتبوءه بالتالي مكانة لا ترقى إليها أية قيم غير التي احتضنها.

ذلك أن المفترض في الدساتير جميعها أنها لا تناهض القيم التي تواتر العمل في الدول الديمقراطية على تبنيها، كأعراض نهائية تلتزمها نظمها على اختلافها.

ولا يجوز بالتالي إهدار هذه القيم من خلال نصوص في الدستور تمليها السلطة المتفردة ببطشها وانحرافها؛ ولا أن تبلور من خلالها، نزواتها العدوانية، ومقاييسها في الخير والشر، ونزوعها إلى التسلط. حتى لا يكون الدستور حصاد قيما الشخصية، ومرآة تهورها وانذفاعها، وأداة توحشها حتى في تمردها على الحقوق الطبيعية التي كفلتها المواثيق الدولية للناس جميعهم بوصفهم بشرا يختلفون عن كل كائن آخر، ليس فقط في أن لهم عقولا يدركون بها، وإنما كذلك في طبائعهم وإنسانياتهم.

ولو جاز للدول أن تقيم الدستور الوطنية وفق أهوائها، وأن تفرض عليها طرائقها في ضمان الحقوق وتنظيمها، لارتبط وجود الحقوق جميعها- وأيا كان قدر أهميتها- بنصوص الدستور التي تقيما الموازين الشخصية للسلطة التي أحدثتها، حال أن الدول تتدخل مصالحها، وتجمعها أسرة دولية لها أعرافها ومعاييرها في تقرير الحقوق وضبطها، وعلى الأخص الأساسية منها.

وهي تكفل للناس جميعهم-ومن خلال أعرافها واتفاقاتها الدولية- ركائز آدميتهم، وحرمة خواص حياتهم، وضوابط صون ملكيتهم، وتساويهم أمام القانون في حقوقهم وواجباتهم، ليظهر الدستور في النهاية باعتباره كافلا للأفراد تلك القيم التي لا حياة لهم بدونها كقيم العدل والحرية والتضامن والسلام الاجتماعيين. وهي القيم ترسي خصائص بشريتهم، وتصدر عنها حقوقهم

وحراباتهم، لتعلو الدستور في مدارج حمايتها. فإذا نقضها، تعين ترجيح القيم التي تطوره وتغليظها على أحكامها.

وفي ذلك تقول الغرفة الثانية للمحكمة الدستورية لألمانيا، بأن كل نص منفرد في الدستور لا يجوز أن اعتباره منعزلاً عن غيره ولا أن يفسر استقلالاً عن سواه. ذلك لأن لكل دستور وحدة داخلية لازمة تربط أحكامه فيما بينها.

وتتلور هذه الوحدة الداخلية بعض المبادئ البعيدة في مداها *Overreaching principles* والتي تصل أهميتها إلى حد خضوع نصوص الدستور لها.

والفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لألمانيا -وهو دستورها- تشرح بوضوح لهذا المعنى، وذلك بنصها على أن الحقوق التي كفلتها المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون -لا يجوز تعديلها. ومن ثم توافق هذه المحكمة على قضاء المحكمة الدستورية في بافاريا من أن وجود نص في الدستور وإدراجها ضمن أحكامه باعتباره جزءاً منها، لا يجعل إبطال هذا النص تصوراً مستحيلاً. ذلك أن ثمة مبادئ دستورية لها من أهميتها الحيوية، ومن كونها تعبيراً عن حكم القانون، ما يقدمها على نصوص الدستور ذاتها، ويفرضها كذلك على الهيئة العليا التي تؤسس أحكامه. فإذا خالفها نص في الدستور لا يرقى إلى منزلتها، جاز إبطاله وتجريده من كل أثر<sup>(١)</sup>.

An individual constitutional provision cannot be considered as an isolated clause and interpreted alone. A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provision. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions are subordinate. Article 79 (3) makes it clear that the basic Law makes this assumption. Thus this Court agrees with the statement of the Bavarian Constitutional Court : "That a constitutional provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is a part of the Constitution.

There are constitutional principles that are so fundamental and so much an expression of a law that has precedence even over the Constitution that they also bind the framers of the Constitution, and other constitutional provisions that do not rank so high maybe null and void because they contravene these principles.

(<sup>١</sup>)Donald P. Kommas, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.63

وقد يبدو تعبير "القيم الأعلى من الدستور" مرنا مشوباً بالغموض، شأن هذا التعبير شأن عبارة "روح الدستور" التي كثيراً ما يلجأ الفقهاء والقضاة لها لتقرير حقوق خلا الدستور منها؛ أو لإعطاء الحقوق التي نص عليها، مفاهيم مختلفة عن تلك التي تصورها.

٣٧٠- وسواء تعلق الأمر بالقيم الأعلى من الدستور، أو بروح الدستور، فإن البعض يتوجس خيفة من هذين التعبيرين، وينظر إليهما باعتبارهما موطناً لفرطحة نصوص الدستور، أو لتحريفها من خلال تأويلها، أو لتعديلها عن طريق إحداث حقوق جديدة غير التي كفلتها.

إلا أن ما نراه، هو أن عبارة "القيم الأعلى من الدستور" لا يعيبها مرونتها واتساعها. ذلك أن المشرع كثيراً ما يصوغ بعض النصوص القانونية بما يكفل مرونتها لضمان اتساعها لأوضاع مختلفة تتباين ظروفها<sup>(١)</sup>.

كذلك لا ينال من عبارة "القيم الأعلى للدستور" إمكان تعدد تأويلاتها. ذلك أن حدّها تبلوره الأغراض النهائية المتوخاة من هذه القيم، والتي لا تزيد على ضمان حقوق الفرد وحرياته الأساسية.

ومن ثم تعكس هذه الأغراض الحدود الخارجية للقيم التي تعلق الدستور، فلا تكون غير تخومها التي لا يجوز تخطيها، لتقيّد من اتساعها؛ ولتترد تطبيقاتها إلى ضوابط منطقية يلتزمها قضاة الشرعية الدستورية، فلا يتحولون عنها.

وعليهم بالتالي إرجاع نصوص الدستور إلى هذه القيم العليا لتقرض كلمتها على المفاهيم التي تفسر على ضوئها نصوص الدستور. فلا يكون ردها إلى القيم التي تعلوها، غير تطوير لبنيتها.

فإذا بان لفضاة الشرعية الدستورية استعصاء تأويل نصوص الدستور بما يقربها من القيم التي تعلوها، لم يعد أمامهم غير الاحتكام إلى الطبيعة الديمقراطية لنظام الحكم، وإلى مبدأ

(١) من ذلك ما نص عليه القانون المدني من جواز إبطال العقد إذا استغل أحد المتعاقدين في المتعاقدين الآخر طيشاً بيئاً أو هوياً حاسماً. فهذا المعيار المرن يتسع لمختلف الظروف الواقعية، وتتحدد تطبيقاته على ضوء مفاهيم كل عصر لضوابط الاستغلال في إطار المعيار العام والمرن الذي تبناه القانون المدني.



الخضوع للقانون وفق الضوابط التي التزمها الدول الديمقراطية، سواء في مجال الحقوق التي أقرتها، أو على صعيد القيود على ممارستها التي تتوافق عليها الدول الديمقراطية في ممارستها لوظائفها.

وقد كان هذا الاتجاه ماثلاً في ذهن المحكمة الدستورية العليا عند فصلها في نطاق نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ التي حظرت الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١١/٨/١٩٥٣ بمصادرة أموال أسرة محمد وممتلكاتها، وكذلك مصادرة ما يكون قد انتقل من أفرادها إلى غيرهم عن طريق الوراثة أو المصاهرة أو القرابة.

فقد جرى قضاء المحكمة العليا في شأن الحصانة المقررة بنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، على أنها حصانة نهائية لا رجوع فيها لتعلقها بتدابير من طبيعة استثنائية اتخذتها ثورة ٢٣ يوليو لضمان تحقيق أهدافها. فضلاً عن أن نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ وإن لم يتردد في الدساتير اللاحقة عليه، فذلك لاستبعاد الحصانة التي قررتها هذه المادة لأغراضها، فلا يكون لتكرار النص عليها، من فائدة<sup>(١)</sup>.

وإعمالاً لنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، صدر القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن أموال أسرة محمد على المصادرة، متوخياً منع المحاكم جميعها من سماع أية دعوى تتعلق بالأموال التي صادرها مجلس قيادة الثورة، بما في ذلك ما يكون منشوراً من دعاوى أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون، ولو لم يكن الأشخاص المصادرة أموالهم، خصوما فيها.

(١) محكمة عليا - القضية رقم ٣ لسنة ٥ قضائية عليا دستورية - جلسة أول فبراير ١٩٧٥ - ص ١٩١ من القسم الأول من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية من ١٩٧٠ - حتى نوفمبر ١٩٧٦. هذا وتنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ على ما يلي: "جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها. وكذلك كل ما صدر عن الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات وأحكام. وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم، لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأي وجه وأمام أية هيئة كانت".

وإذ طعن بعدم دستورية الأحكام المتقدم ببيانها أمام المحكمة الدستورية العليا، فقد صار عليها أن تخوض في نطاق هذه الحصانة. ولم يثنها نص المادة ١٩١ من الدستور ١٩٥٦ عن حصر مجال تطبيقها في أضيق الحدود، وذلك تأميساً منها على ما يأتي<sup>(١)</sup>:

أولاً: أن كل حصانة يضيفها الدستور على تدابير بذواتها بما يحول دون إلغائها أو التعويض عنها، ينبغي أن يتقيد مجالها بما يرتبط عقلاً بالأغراض التي توختها، وأن ينظر إليها على ضوء طبيعتها الاستثنائية، وبمراعاة أن الأصل في نصوص الدستور أنها تتكامل فيما بينها.

ثانياً: أن المصادرة التي قررها الدستور في شأن أموال أسرة محمد علي وممتلكاتها، تجب موازنتها بحقوق الملكية التي كفلها، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنائها إلا إذا تحرر اقتصادها من يطالبون هذه الحقوق؛ وكان بوسعهم الاستقلال بشئونهم والسيطرة عليها A self-governing life.

ثالثاً: أن أموال أسرة محمد علي وممتلكاتها التي صاندها قرار مجلس قيادة الثورة، لا تتساقط على أصحابها -في الأعم من الأحوال - دون جهد يبذل من جانبهم. ولكنها الأعمال التي باثروها -سواء في مجال تكوينها أو إيمانها- هي التي أنتجتها، فلا يكون تجريدهم منها -دون حق، إلا عدواناً جسيماً عليها.

رابعاً: أن المصادرة التي قررها دستور ١٩٥٦ -والتي لم تلغها الدساتير التي تلتها- على ما قرره المحكمة العليا- لا شأن لها بأموال تملكها أشخاص من غير أفراد أسرة محمد علي؛ ولا بأموال جمعها أحد أفرادها عن غير طريقها، سواء بكسبهم لها قبل انضمامهم إلى هذه الأسرة، أو بتكوينها من خلال أعمال قانونية دخلوا فيها بعد انضمامهم إليها، ولم يكن لهذه الأسرة من شأن بها.

خامساً: أن المصادرة التي صدر بها قرار مجلس قيادة الثورة، لا يجوز أن تشمل غير الأموال التي انتهت بها هذه الأسرة في مصر، إذا قام الدليل على اغتصابها لها. ذلك أن آثار المصادرة لا يجوز أن تكون نكالا بأفراد هذه الأسرة لتحيط بأموالهم جميعا، فلا يبقى بعد ذلك لهم

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٦٢ جملة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - ص ٩١٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

من شيء يعولون عليه معاشهم. وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها في إطار علاقة منطقية تصلها عقلا بأهدافها. فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة "نافيا لوجودها"، ولا مبدأ حقها في الحياة، ولا معطلا جريان حقوق لا صلة لها "بأموال انتهيتها".

• • •

٣٧٤- تلك هي الدلائل التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية المشسار إليها.

وظاهر منها أن تعطيل نص في الدستور لحقوق الملكية فيما هو مشروع من مصادرها، بما يجرد أصحابها منها بغير حق، ويعامل أموالهم التي انتهبوا وفق القواعد ذاتها التي تحكم أموالهم التي تلقوها بعرقهم وجهدهم، مؤداه حرمانهم من الحق في الحياة الملائمة بما يناقض القيم التي تملو الدستور والتي يندرج تحتها حماية الملكية الخاصة؛ وناتج للعمل؛ وكذلك الحق في الحياة.

وفضلا عما تقدم، فإن ما تقرره بعض الدساتير من عدم جواز تعديل بعض الحقوق المنصوص عليها فيها، مؤداه أن النصوص التي تكفل هذه الحقوق، يتعين أن تبقى على حالها بالنظر إلى احتوائها أعلى القيم وأرفعها. وتأتي كرامة الفرد في مقدمة هذه القيم، ومنها تنفزع كل حقوق الإنسان كأساس للحرية، وكضمان للسلام وحقائق العنق<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني -الدستور- التي تنص بأن تعديل نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتقسيم الاتحاد إلى مقاطعات Landar، وإسهام هذه المقاطعات في العملية التشريعية؛ وكذلك تعديل حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواد من واحد إلى عشرين من ذلك القانون الأساسي، يكون محظورا.

### للمبحث الثامن

#### ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للدستور

٣٧٥- ليس حق الاقتراع غير تعبير عن حق المواطن في أن يتكلم، وصورة من صور حرية التعبير التي تقوم في جوهرها على تبادل الآراء ومقابلتها ببعض، ثم تقيّمها أياً كان مضمون هذه الآراء أو طريقة عرضها، أو مصدرها أو صفة القائلين بها؛ وبغض النظر عن أشخاص من يتلقونها.

وحرية التعبير بذلك مدخل لضمان الحرية الفردية: حرية الفرد في أن يقول ما يراه حقاً، وأن يعرض على آخرين، الآراء التي يقدّر صوابها أو ضرورة إعلانها ولو عارضوه فيها، ولن ينتقد كذلك توجهاتهم أياً كان مضمونها.

وقد تصادم هذه الحرية السلطة في ركائز سياستها وجوهر اختياراتها. فلا يكون الإصرار على ممارستها إلا ضرورة يقتضيها تحقيق تغيير بالوسائل السلمية في البنيان الاجتماعي؛ وإنهاء لتفرد السلطة واحتكارها حتى تنتهي الفرص الكافية التي يكون فيها الحكم ديموقراطياً.

ولا يتصور بالتالي أن تكون حرية التعبير مقصودة لذاتها، ولا أن يعتصم الأفراد بها تعبيراً عن قدراتهم الذهنية على الجدل وإدارة الحوار؛ ولا أن تكون صرخة في فضاء عربي لا يسمعها أحد.

ذلك أن الأفاق المفتوحة وحدها Free and open encounter، هي الضمان لحرية التعبير، وهي التي تكفل للجماعة طرائق تقدمها. ولا يجوز بالتالي تعطيلها -ولو في بعض جوانبها- ولا أن يكون القانون معولاً ينقض عليها، ليفرض بالقوة صمماً على الآخرين.

ويستحيل بذلك أن تتوافر حرية التعبير بغير التعامل في الآراء والأفكار The free trade in ideas قولاً وتلقياً ونقلًا. فإذا انطلق سوق عرضها، أو كان مقصوراً على فريق دون آخر، لم يعد للأراء مجال يكفل تنافسها أو ترأّسها، بما يناقض جوهر هذه الحرية التي تفرض تعددية الآراء، ليس فقط في مواجهة الأثرياء الذين يملكون وسائل الإعلام ويسخرونها لمصالحهم؛ ولكن كذلك قبل الدولة لردعها عن اضطهاد خصومها وإسكاتهم.

وإذا جاز القول بأن من الآراء ما يتوخى تزوير الحقيقة، أو تحريفها، أو إثارة الغبار حولها؛ إلا أن الآراء التي نؤمن بها، هي التي نراها صوابا من خلال الإقناع بعضومنها. لا إقناع بغير تعبير.

وفى إطار حرية التعبير، ليس ثمة فواصل قانونية بين التضليل وإرادة التغيير؛ بين صدق توجهاتها وزيفها؛ بين القبول بالحقائق ومحاولة طمسها؛ بين الإرادة المتحضرة البصيرة، والطريق إلى تقييدها. ولا يحول ذلك دون القول أن حرية التعبير لا تتوخى أصلا غير إزهاق للباطل بالحق، والتعبير بمظاهر القصور في العمل العام، وتحديد نطاق حقوق الأفراد وحررياتهم، وعدول عن أوضاع نعارضها إلى بدائلها.

وحرية التعبير بذلك في اتصال مباشر مع إرادة التغيير في كل قطاع، اجتماعيا كان أم اقتصاديا أم سياسيا. ومن ثم لا تتحل جدلا عقيما، ولا حواراً حول قيم نظرية تتفصل عن واقعها. ولا تنحصر أهدافها كذلك في مجرد تقويم نظم الحكم غير الديمقراطية وتصحيحها. ذلك أن دائرتها أعمق في رحابتها، وأعرض في مجالاتها، ووسائل تحقيق متطلباتها.

والعلوم بمنهجها وبحوثها وتباين أفرعها، منخلها حرية التعبير، لا يتحقق ثراؤها في غيبتها، ولا تنهأ فرص تطويرها ما لم تتفتح آفاق حرية التعبير ليطرق أبوابها كل واحد يريد أن ينهل من روافدها.

وليس لازما أن تكون الآراء التي تشملها حرية التعبير محددة بصورة قاطعة؛ ولا أن يكون بيانها جليا فلا يخطئها الفهم؛ ولا أن تكون هي الحق فلا يأنيتها باطل؛ ولا أن يكون توجهها بقصد تحقيق مصلحة لها وزنها. ذلك أن غموضها لا يسقطها من الاعتبار. وليس بشرط لوجودها أن تنحصر فيما هو صادق من الأقوال. وجهه: بعض الآراء أو جمودها أو تخلفها، لا يجوز أن يمنعها. ولا ينال منها كذلك انصرافها إلى التعميم؛ ولا تعلقها بحالة بذاتها تقتصر عليها. وتضيئ بعض الآراء على بعض، يؤكد حرية الاختيار ترجيحاً لأكثرها ملائمة لتحقيق تغيير يكون مطلوبا بوجه عام.

ذلك أن الغاية النهائية لكل تنظيم، هي ضمان حرية الأفراد في مجموعهم والعمل على تنمية ملكاتهم.

وحريتهم هذه هي الطريق إلى رخائهم، فلا يتكلمون بغير ما يؤمنون، ولا يؤمنون إلا بما يتكلمون. وأحاديثهم دائماً هي الأفكار التي طرحتها عقولهم. وهم يحرسون على نشرها والترويج لها بوصفها خطوة على طريق الديمقراطية التي تفترض تسامحها مع خصومها؛ واستجابتها لحكم العقل؛ وبرفضها المفاهيم القتلة بأن ما تتوخاه حرية التعبير، هو توكيد الشخصية الفردية، وضمان ذاتيتها. ذلك أن حرية التعبير لا تدور -في غاياتها- حول ذات الفرد. وإنما محورها الجماعة ليس فقط في خياراتها وطموحاتها، وإنما كذلك في وسائلها إلى تقويم اعوجاج قائم، وإلى تحقيق تطور تراه ضرورياً. ولئن كان بنيانها ثمرة جيود متفرقة، إلا أن هذه الجهود في نكاتها، هي التي ترشدنا إلى الطريق الأفضل لخطاها.

ومن ثم لم يجز في مجال حرية التعبير، التمييز بين صورها بطريقة انتقائية. ولا أن يكون الحمل على اعتناق بعض الآراء واقعا في نطاق قيمها؛ ولا التئزع بمخاطر تلابسها -على غير الحقيقة- لإرهابها أو لقمعها.

وليس لازماً كذلك أن يكون التعبير قولاً. إذ قد يكون سلوكاً وأشياء بالآراء التي يراد إعلانها والتي لا يجوز تصنيفها بالنظر إلى موضوعها، أو على ضوء آثارها، ولا مصادرها طرائق نقلها، بما يحول دون تداولها اتصالاً بها وتفاعلاً معها.

وكلما تدخل المشرع بتدابير من شأنها تقويض الحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير؛ كان ذلك منهيًا لأهدافها، معطلاً نقل رسالتها -وهي الآراء التي تقارنها، صحيحها وباطلها- إلى هؤلاء الذين تتغيا إيلاغهم بها<sup>(١)</sup>.

وكثيراً ما يعود إجهاض الدولة لهذه الحرية، إلى اعتراضها بالوسائل التي تملكها -على مضمون آراء بذواتها، أو إلى توهمها مخاطر تنسبها إلى ما تتصوره من أضرار تنجم عن اتصال آخرين بها. فلا يبقى لحرية التعبير غير صورتها المعلنة المجافية لحقيقتها.

وهو ما يتحقق بوجه خاص من خلال تحفظها على بعض الآراء، قولاً منها بانصبال الآخرين بها بطريق غير مشروع<sup>(١)</sup>.

(١) Police Department of the city of Chicago. V. Mosley, 408 U.S. 92..95-96 (1972).

ويتعين بالتالي إذا أريد حرية التعبير أن تحيا في إطارها الصحيح، أن نوازنها بمخاطر إطلاقها من القيود. فلا يكون تدخل الدولة مقبولا إذا جاوز مجرد تنظيمها إلى حد تعويق أهدافها.

فإذا لم يكن تقيد هذه الحرية -في أحوال بذاتها- متصلا بمخاطر ظاهرة نذرها -سواء كانت حالة أو راحة أسبابها- فإن إطلاقها من عقالها، يكون واجبا.

وحرية التعبير هذه، هي التي جاء قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأنها فاطعاً في أن: <ضمنان نص المادة ٧٤ من الدستور لحرية التعبير عن الآراء- سواء في مجال التمكين من عرضها، ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتكوينها، أو بغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ وأن هذه الحرية أعمق تأثيراً في مجال اتصالها بما هو عام من الشؤون؛ وأن حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها ليس مطلقاً على صحتها؛ ولا متمشياً مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها؛ ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها>.

<فضلاً عن أن الذين يعتصمون بنص المادة ٤٧ من الدستور، لا يملكون مجرد الدفاع عن القضايا التي يؤمنون بها؛ بل كذلك اختيار الوسائل التي يقدرون مناسبةً وفعاليةً في مجل عرضها أو نشرها، ولو كان يوسعهم إحلال غيرها محلها لترويجها>.

<ذلك أن ضمان الدستور لحرية التعبير، توخى أن تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق منابها بما يحول بين السلطة وفرص وصايتها على العقل العام، فلا تكون معايير الشخصية مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه، ولا عائقاً يحول دون تدفقها>.

<كذلك فإن أكثر ما يهتد حرية التعبير، أن يكون الإيمان بها شكلياً، أو أن يمرض أحد على غيره إصماتاً ولو بقوة القانون. بل يتعين الإصرار عليها بوصفها قاعدة لكل تنظيم ديموقراطي لا يقوم إلا بها. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون إنكار الحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط عقلاً بأهدافها. فلا يعطل المشوع

(١) ومن ذلك قولها بأن حرصها على نفاذ الطرق من الأوراق التي تلقى فيها، يقتضيها جمعها في صناديق القمامة، كي تحفي بهذا الادعاء، رغبها في ألا يقرأ أحد ما حوته تلك الأوراق من عبارات.

Schneider V. Town of Irvington, 308 U.S. 147 (1939).

مضمونها، أو يناقض الأغراض المقصودة من إرسائها؛ ولا يتسلط عليها المناهضون لها من خلال وجهة نظر يقولون بها استعلاء ولو كان أفقها ضيقاً، أو كان عقمها وتحزبها بادياً<sup>(١)</sup>.

وما تقدم موداه، أن إجهاض الدولة لأراء لا تقبلها بالنظر إلى مضمونها، يذال بالضرورة من حرية التعبير، سواء تدخلت بطريق مباشر لإقماعها؛ أو كان تدخلها مأكراً بأن كان محايداً في مظهره، دالاً في حقيقته على نواياها، ومؤكداً رغبتها في السيطرة على الأراء التي تعارضها، وإيقاع جزاء على تداولها.

ولئن صح القول بأن الدولة قلما تعلن عن مقاصدها من تشريعاتها أو إجراءاتها، ولو كان من أثرها التدخل في حرية التعبير بقصد تحجيمها أو قتلها، إلا أن هذه الآثار هي التي يتعين أن يركز قضاء الشرعية الدستورية اهتمامهم عليها، وصولاً لتحديد نطاق هذا التدخل؛ وما إذا كان كافلاً تدفق الأراء على اختلافها، أو منتهياً إلى إجهاضها.

ولا يجوز بالتالي أن تقاضل الدولة بين المتحدثين في اجتماع عام من خلال دعمها لأحدهم دون الباقيين. إذ ليس لها أن تفرض إملاء موضوع أحاديثهم، ولا أن تحدد أشخاصاً بنواتهم لتناولها؛ ولا أن تبصر الحاضرين بمخاطرها؛ ولا أن تمنعهم من مناقشتها؛ ولا أن ترصد موقفهم منها. ذلك أن موضوع الاجتماع لا يخص غير الذين ينقلون أبعاده والذين يتلقونها. ولا تقتصر القيمة الحقيقية لحرية التعبير في مجرد النطق بأراء تؤمن بها، وإنما تكمن أهميتها وحيويتها في نقلها إلى الآخرين لإثباتهم بها بما يكفل اتساع دائرتها.

### المطلب الأول

#### المدخل إلى حق الاقتراع

٣٧٦- وحرية التعبير هذه، هي مدار حق الاقتراع، ومحور تنظيم العملية الانتخابية وإدارتها. فلا يكون ضمان هذه الحرية إلا عنصراً فاصلاً فيها، دالاً على مصداقيتها، كافلاً حق المواطنين -الموهلين لمباشرة الحقوق السياسية- في الإدلاء بأصواتهم بما لا يخل بتكافئها فيما بينها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٢٧ - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - ص ٤٧٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.



فلا يتفاوتون في وزن أصواتهم، ولا في فرص تمثيلهم في المجالس النيابية. وإنما يتساوون في قيمتها من خلال التوفيق قدر الإمكان بين عدد السكان في الدائرة الانتخابية، وعدد المرشحين الذين ينتخبون منها.

ويتعين كذلك أن تتوفر للمرشحين في الدائرة الانتخابية جميعها، الفرص ذاتها التي يعرفون من خلالها هيئة الناخبين ببرامجهم وبقدرتهم على الدفاع عن مصالحها، كي تفاضل بينهم على ضوء اقتناعها بأجدرهم في الحصول على نفعها.

ولئن جاز القول بأن هذه الحقوق جميعها تبلور مصالح مختلفة، إلا أنها تتحد في جذورها، ذلك إنها نتاج النظم التمثيلية القائمة على حرية اختيار هيئة الناخبين وفق قواعد موضوعية لا تميز فيها - لهؤلاء الذين ينوبون عنها في مجالس الحوار Deliberative Assemblies التي يسميها البعض تارة بالمجالس التمثيلية Representative Assemblies وطورا بالمجالس النيابية Parliaments.

### الفرع الأول

#### القيود على حق الاقتراع

٣٧٧- ولقد كان حق الاقتراع Le droit du suffrage مقيدا من خلال قصره على أشخاص بذواتهم بناء على ألقابهم، أو ثروتهم أو طبقتهم السياسية<sup>(١)</sup>، أو قدراتهم الذهنية التي تحددها ألوانهم<sup>(٢)</sup> Suffrage Capacitaire. ثم صار حق الاقتراع عاما وسريا ومتكافئا Universal, égal et secret وتفرض هذه الشروط نفسها على المشرع، فلا يجوز حرمان العسكريين أو المعارضين من مباشرة هذا الحق، ولا للتمييز في مجال الانتخاب به بين الرجل والمرأة؛ ولا بين القادرين ماليا Le aptitudes intellectuelles والمعوزين، ولا بين المتقوين عقليا Le capacités fiscales والمختلفين؛ ولا النظر إلى الاقتراع باعتباره حقا اختياريا، لا وظيفة يتعين أن تؤتي، فلا يتخلى مواطن عنها.

(١) كطبعة البروليتاريا في الاتحاد السوفيتي قبل تصدعه.

(٢) ومن ذلك استبعاد بعض الولايات الأمريكية الزنوج من حق الاقتراع حتى في القرن العشرين.

## الفرع الثاني

### خصائص حق الاقتراع

٣٧٨- ويتعين دوماً أن يكون الاقتراع شخصياً، لا جماعياً (Le vote plural) ولا أسرياً (Familial)، وأن يكون علنياً<sup>(١)</sup>. ولا يجوز في أية حال تقرير مزاي لأشخاص في مجال مباشرة هذا الحق، بما يجعلهم أكثر أهمية من سواهم.

وببإشراف قضاء الشريعة الدستورية، أدق صور رقابتهم وأكثرها صرامة في مجال تقييمهم لصور التمييز التي يفرضها المشرع في شأن حق الاقتراع - والتي تتحدد دستوريته على ضوء قدر فعاليتها لضمان هذا الحق، ومعقوليتها في مجال تنفيذه<sup>(٢)</sup> - وعلى تقدير أن غايتها هي أن يتكافأ المواطنون في وزن أصواتهم بما يكتل تساويهم في قيمتها. فلا يكون لأيهام في النظم التمثيلية التي تقوم على إرادة الاختيار، غير صوت واحد - one man one vote. Un electeur égale un vote.

ولا يجوز بالتالي التمييز بين المواطنين بصورة انتقائية لحرمان المعاقين جسدياً، أو سجن لا يجيدون الكتابة، أو الذين يرفضون أخذ بصمة إصبعهم، من هذا الحق. ذلك أن قضاء الشريعة الدستورية، لا يقبلون من المصالح التي يمدح بها المشرع القيود التي يفرضها على حق الاقتراع، غير تلك التي تكون قاهرة في حقيقتها Compelling interests، وبشرط أن يكون ضمان المشرع لها بأقل الوسائل تقييداً لهذا الحق The least restrictive means.

## الفرع الثالث

### ضوابط مباشرة حق الاقتراع

٣٧٩- ويتعين دوماً أن تفصل بين كل اقتراع وآخر فترة زمنية معقولة<sup>(٣)</sup> La périodicité

raisonnable de l'exercice par les électeurs de leur droit de vote وأن يتخذ المشرع من الوسائل

(١) C.C. 78- 101 D.C., 17 janv 1979, R.p. 23.

(٢) أبطل المجلس الدستوري الفرنسي انتخابات كاملة لأنها لم توفر فرص التصويت السري.

Proclamation du 9 nov.1988. R.p. 199.

(٣) Harper V. Virginia Board of Elections. 383 U.S. 663 [1966].

(٤) C.C. 90- 280 D.C., 6 dec. 1990. R.p. 61.

ما يكفل إسهام أكبر عدد من المواضع في عملية الاقتراع، وأن يكون تنظيمه بالتالي لشروط مباشرة الحقوق السياسية، مفهوماً وفعالاً.

فلا يناقض هذا التنظيم طبيعة هذه الحقوق، ولا متطلباتها. ولئن جاز للمشرع استبعاد القصر والجانحين الذين لم يرد إليهم اعتبارهم، وكذلك من أصابهم عارضٌ في العقل، من نطقها<sup>(١)</sup>؛ إلا أن حرمان الأسوياء -أيًا كان لونهم أو قدر ثقافتهم أو طبيعة مراكزهم- من الحقوق السياسية التي صاروا مؤهلين لمباشرتها بحكم نضجهم ونقاء سمعتهم؛ يكون محضراً، سواء تعلق الأمر بحق الاقتراع أو بالحق في الترشيح. ذلك أن هذين الحقين يتبادلان التأثير فيما بينها، ويفترضان مباشرتهما من خلال نظم انتخابية لا يملئها التحكم، بما يفقدها إنصافها.

وإذا جاز أن يغير المشرع بين شروط مباشرة حق الترشيح، وشروط مباشرة حق الاقتراع، إلا أن صفة المواطنة هي التي يفتح بها الطريق لمباشرة حق الاقتراع وفق شروط متكافئة يناقضها تقسيم المواطنين إلى فرق شتى<sup>(٢)</sup> ولو قام الدليل على تناقض مصالحهم. ذلك أن الأصل في السيادة أنها لا تتجزأ. بما مؤداه وحدة الكيان السياسي للجماعة. وهي وحدة لازمة لها وحدة الشروط التي يباشر الناخبون من خلالها حق الاقتراع، فلا يتمايزون فيها بناء على فوارق اجتماعية أو أسرية أو دينية أو جنسية. فالعاطلون والأثرياء يتكافأون في شرط المواطنة، وهي مصدر تساويهم في حق الاقتراع.

كذلك فإن الطبيعة الديمقراطية لنظم الحكم، لازمة أن يكون حق الاقتراع شاملاً كافية الناخبين المؤهلين لمباشرة هذا الحق، وأن يكون منتجاً.

(١) يلاحظ أن المشرع قد يشترط لمباشرة الناخب لحق الاقتراع، أن يكون مقيماً في الدائرة الانتخابية التي يدلى بصوته فيها. ومثل هذا الشرط لا غبار فيه 34، R.P. 2 Juin 1987, C.C. 87- 226 D.C., على تقدير أن من يفيمون في الدائرة يدركون مشكلاتها ويبصرون اهتماماتها، ويقفون على حقيقة الأمر في شأن المرشحين بها، وعناصر التفصيل فيما بينهم، وليس لمواطن بالتالي حرية اختيار الدائرة التي يقيد فيها، ومع ذلك فإن المدة التي يشترطها المشرع لإقامة الناخب في الدائرة الانتخابية، هي التي تجوز المجادلة فيها، والاعتراض عليها من ناحية دستورية وذلك إذا جاوز المشرع بها الحدود المنطقية. وهو أمر نخذه جهة الرقابة على الدستورية. C.C. 82- 146 D.C. 18 Nov. 1982. R.p. 66.

فلا يباشره هؤلاء بما يؤثر في وزن أصواتهم؛ أو يفرقها أو يحوّرها؛ أو بما يفصل حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس النيابية، عن حق الناخبين في المفاضلة بينهم ترجيحاً من جانبهم لأكثرهم في الدفاع عن مصالحهم.

وإنما يتعين دائماً أن تتكامل مراحل العملية الانتخابية، وأن يوفر لها المشرع الأسس المنطقية اللازمة لضبطها؛ بما يصون حيديتها، ويحقق تكافؤ الفرص بين المترشحين فيها في إطار من الحقائق الموضوعية التي تتصل بها؛ ودون إخلال بتبادل الآراء في نطاقها تبادلاً حراً غير معاق، حتى لا تتلون الحياة السياسية بلون واحد، ولا تكون الإرادة لواءة من أعلى، محورا لها أو موجها لحركتها<sup>(١)</sup>.

على أن يكون مفهوماً أن قصر حق الاقتراع على المواطنين لا يجوز أن يتعلق بغير انتخاباتهم التي يعبرون من خلالها عن السيادة الوطنية. ويجوز بالتالي أن يكون غير المواطن ناخبا في النظم النيابية والجامعية، وفي اختيار مجلس إدارة المشروع<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع الرابع

#### إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع

٣٨٠- وقد حرص نص المادة ٨٨ من دستور مصر -لأول مرة- على أن يمسّ أعضاء الهيئات القضائية إشرافهم على عملية الاقتراع حتى يمسكوها بأيديهم، ويكون إشرافهم عليها حقيقياً لا منتحلاً، وشرط ذلك أن يكون هؤلاء الأعضاء قضاة بمعنى الكلمة يفصلون فيما عهد به الدستور إليهم من خصومات قضائية أياً كانت طبيعتها. ولا يعتبر في حكم القضاة أعضاء النيابة الإدارية أعضاء هيئة قضايا الدولة ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ملحقون بهم في بعض ضماناتهم كخطر

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٩٦٦ اتق دستورية -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ -ص ٤٧٦ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن صفة الشخص كمواطن في الاتحاد الأوروبي، تفتح الطريق لمباشرته حق الاقتراع في الانتخابات الأوروبية. C.C.92 - 308 D.C.9 avril 1992, R.P. 25. بين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية دستورية -المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها وصماتها. وذات القاعدة تطبق على هيئة قضايا الدولة.

عزلهم إلا عن طريق مجالسهم التأسيسية. وليس من شأن هذا الإلحاق أن يضيفهم إلى القضاء ولا أن يجعلهم في حكمهم<sup>(١)</sup> على أن يكون مفهوماً أن عملية الاقتراع التي يشرفون عليها، لا تقتصر على مرحلة إدلاء المواطنين بأصواتهم في الصناديق الانتخابية؛ ولا على فرز أصواتهم هذه لتحديد صحتها من باطلها ثم رصدتها؛ ولكنها تشمل كذلك -وبحكم الاقتضاء العقلي- كافة المراحل التي تسبقها بشرط إفضائها إليها. ذلك أن الذين يملكون بأصواتهم في صناديق الاقتراع، هم المواطنون المؤهلون لمباشرة الحقوق السياسية. والقيد في الجداول الانتخابية بعد تحقيق بياناتها، هو الدليل على أن المرشحين بها، مواطنون يملكون هذه الحقوق. فلا تكون مراقبة عملية القيد في هذه الجداول إلا عملاً قضائياً لا ينفصل عن ذات الحق في الاقتراع.

ويتعين بالتالي أن يبسط للقضاء ومن في حكمهم إشرافهم على تلك الجداول بقصد تنقيتها من شوائبها حتى لا يدرج فيها دخلاء عليها لا صلة لهم بها.

وإذا كان من شروط مباشرة الحقوق جميعها -وبغض النظر في طبيعتها- أن تتوافر لها بيئتها الملائمة؛ فلا يرد أصحابها عن طلبها، ولا يرهقون في الانتفاع بها؛ فإن طريق الناخبين إلى صناديق الاقتراع؛ يتعين ألا يعاق بوعده أو بوعده.

ذلك أن إغواءهم لحملهم على التصويت على نحو معين؛ أو منعهم من النفاذ إلى الصناديق الانتخابية، تعطيل لحقهم في الاقتراع لا يقل سوءاً عن إبطال صحيح أصواتهم أو تكليس تلك الصناديق بأصوات لم يدل أحد بها.

(١) بين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها وصماتها. وذات القاعدة تطبق على هيئة قضايا الدولة. بيد أن هذا الحكم منقذ. ذلك أن بسط إشراف أعضاء الهيئات الانتخابية على مباشرة المواطنين لحق الاقتراع هو أن يتوافر لهؤلاء الأعضاء الاستقلال والحيدة الكاملة التي لا تحمل للسلطة التنفيذية تأثيراً عليهم، وهو ما لا يتحقق في النيابة الإدارية ولا في هيئة قضايا الدولة. كذلك فإن الذين من استقراء نصوص دستور مصر، أنه لم يطلق وصف الهيئة القضائية إلا على مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا. وهما هيئتان قضائيتان متصلتان في منازعات من طبيعة قضائية. فإذا أراد المشرع أن يلحق بها هيئات قضائية أخرى، تعين أن تتوافر في الهيئة القضائية التي ينشأها، خاصية الفصل في منازعات من طبيعة قضائية.

ويتعين بالتالي إذا أُريدَ لحق الاقتراع أن يكون متكاملًا وفق الدستور؛ أن يفرض القضاء؛ ومن في حكمهم إشرافهم على العملية الانتخابية من بدئها وحتى نهايتها، فذلك هو ما قصد الدستور إلى تحقيقه بنص المادة ٨٤ التي صاغها لضمان دوران العملية الانتخابية في كافة مراحلها وفق ضوابط سيرها الصحيح. فلا يشوهها تدخل في شأن من شئونها يخل بمصداقيتها، ويقحم الفائزين فيها على هيئة الناخبين بالخداع والتكليس.

ولم يكن ممكناً في إطار أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتتظيم مباشرة الحقوق السياسية، أن يتم الاقتراع في اللجان الانتخابية بطريقة ديموقراطية تكون نتائجها تعبيراً عن حقيقة ما تم فيها. ذلك أن عملية الاقتراع ذاتها تتم في اللجان الفرعية -لا في اللجان العامة- وذلك وفقاً لصريح الفقرة ٥ من المادة ٢٤ من هذا القانون<sup>(١)</sup>.

وبينما نص قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية في المادة ٢٤ على أن يكون رؤساء اللجان العامة من بين أعضاء الهيئات القضائية في جميع الأحوال، فإن هذه المادة ذاتها لا تقتضي هذا الشرط في رؤساء اللجان الفرعية، وإنما تجيز تعيينهم من بين العاملين في الدولة أو القطاع العام. أما أعضاء الهيئات القضائية، فلا يختارون لرئاستها، إلا بقدر الإمكان.

ولم يكن القضاء بالتالي يحكمون قبضتهم على اللجان الفرعية، ولا يصرفون شيئاً من أمورها. وإنما كان يهيمن عليها العاملون في الدولة أو القطاع العام الذين يسهل دائماً إخضاعهم لتأثير السلطة التنفيذية وضغوطها، بل وتهديداتها بتلنظر إلى أن وظائفهم لا تؤمن حينئذ، ولأنهم خاضعون مباشرة لرؤسائهم التابعين أصلاً للسلطة التنفيذية، والذين لا يلتزمون بغير توجيهاتها، مما جعل العملية الانتخابية بعيدة في قواعد ضبطها عن الحيادة، منافية في سيرها للتجرد، بل تحبطها الممالأة من خلال السلطة التنفيذية التي تفرض عليها إرادتها، حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية بقانون آخر، هو القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠.

(١) نص الفقرة (٥) من المادة ٢٤ المشار إليها على أن تشرف اللجان العامة على عملية الاقتراع لصمان سيرها وفقاً للقانون، أما عملية الاقتراع فتباشرها اللجان الفرعية.

ذلك أن هذا القانون، وإن نص في المادة ٢٤ مكرراً، على أن تشكل في مقر كل لجنة مَنس اللجان العامة، لجان إشرافية يكون رؤساؤها وأعضاؤها من الهيئات القضائية، على أن تباشر كل واحدة منها إشرافها على عدد من اللجان الفرعية، وبما يكفل تناسبها -في عددها- مع مواقع المقار الانتخابية وعدد ما بها من لجان فرعية؛ إلا أن اللجان الإشرافية الجديدة، لم يكن بوسعها أن تنبسط إشرافها الحقيقي على اللجان الفرعية التي تخصصها. إذ يفترض ذلك تواجدها في اللجان الفرعية التي تشملها برقابتها منذ بدء العملية الانتخابية وحتى انتهائها في الزمن المحدد لها.

وهو لفترض غير متصور عملاً، لأنها تتردد فيما بين هذه اللجان الفرعية؛ ولا يتصور أن تظهر فيها جميعاً في آن واحد. بل يكون إشرافها عليها واقعاً في فترة قصيرة، هي تلك التي تقضيها في كل لجنة من اللجان الفرعية أثناء مرورها بها حتى إذ غادرتها؛ انفرط عقد العملية الانتخابية من جديد، ولا يستأ سوءاتها، وخالفها كل عمل أو إجراء يقوض مصداقيتها، ويهبط بقيمتها، ويعطل الأغراض المقصودة منها.

فلا تظهر العملية الانتخابية باعتبارها واقعة في إطار السيطرة الكاملة للجان القضائية الإشرافية، وإنما هي نظرة عابرة تلقى عليها، فلا تبصر حقيقة واقعيتها، ولا تحيط بدخائلها، ولا يكون نتائجها بالتالي سلطة تشريعية وقع اختيار هيئة ناخبين على أعضائها، وإنما هي سلطة تشريعية أفرزتها السلطة التنفيذية بتدخلها السافر في العملية الانتخابية، وتوجيهها لها.

ومن ثم تباشر السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٨٦ من الدستور على ضوء خضوعها المباشر للسلطة التنفيذية بالنظر إلى انتمائها فيها؛ ولأنها تدب في وجودها لها.

وكان منطقياً بالتالي أن يتطرق البطلان إلى كثير من القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية؛ وإلى تكوين هذه السلطة في ذاتها من خلال أحكام متعاقبة كان آخرها الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية بجلستها المعقودة في ٨ يوليو ٢٠٠٠ الذي قضى بأن شرط إجراء عملية الاقتراع وفقاً لنص المادة ٨٨ من الدستور، أن يكون رؤساء اللجان الفرعية من بين أعضاء الهيئات القضائية كضمان نهائي لحيدة العملية الانتخابية، وكطريق وحيد إلى الديمقراطية

في مفهومها الصحيح<sup>(١)</sup>. وإذا صدر بعد هذا الحكم النهائي قانون يعيد تنظيم العملية الانتخابية وفق مقتضاء -هو القانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١- إلا أن هذا القانون كان معيباً كذلك من النواحي الآتية:

أولاً: أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وإن عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من هذا القانون بما يكفل تعيين رؤساء اللجان الفرعية التي يتم الاقتراع من خلالها، من بين أعضاء الهيئات القضائية؛ إلا أن هذه اللجان التي كان يصدر بتشكيلها قرار من وزير الداخلية، لا يزال محظوراً عليها مباشرة عملية فرز أصوات الناخبين، إذ يتم هذا الفرز -عملاً بنص المادة ٣٤ من ذلك القانون- عن طريق لجنة الفرز التي يرأسها رئيس اللجنة العامة ويكون رؤساء اللجان الفرعية أعضاء بها. وقد كان هذا الاتجاه مفهوماً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيمة بجدولها برقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية". فقد أبطل هذا الحكم ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية. وإذا صار رؤساء هذه اللجان جميعهم من هؤلاء الأعضاء، فلم يعد منطقياً إقصاء هذه اللجنة عن عملية فرز الأصوات التي أدلى بها أمامها، ولا أن يكلفها المشرع بنقل صلاحياتها إلى لجان الفرز التي تبعث مواقعها كثيراً عن اللجان الفرعية بما يسهل تغيير هذه الصلاحيات أو تكديسها بأصوات جديدة لم يزل أحد بها، أو نزع أصوات صحيحة منها تلاعباً فيها، بما يفسد العملية الانتخابية ويشوه نيتها.

وكان الأولى أن تفرز أصوات الناخبين في اللجنة الفرعية في حضور مندوبين عن المرشحين، وبعد التحقق من صحتها، على أن تفصل اللجنة العامة في كافة الطعون المتعلقة بها وغيرها مما يتصل بدوران العملية الانتخابية وفق صحيح القانون، كالتفصل في ادعاء حرمان أنصار أحد المرشحين من دخول اللجان الفرعية، أو إكراههم على الإدلاء بأصواتهم في اتجاه دون آخر.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"- جلسة ٨ يولييه ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٧٨-



ثانياً: أن عملية الاقتراع في ذاتها تتأخل مراحلها، ولا تقتصر بالتالي على المرحلة النسي يلقى الناخبون فيها بأصواتهم في صناديق الاقتراع، وإنما تنقسمها وترتبط بها مرحلتان أخريان.

أولاهما: مرحلة التقيّد في الجداول الانتخابية. وهذه يتعين أن يكون تحقيقتها، وليس مجرد الفصل في الطعون المتعلقة بها<sup>(١)</sup> -موكلاً إلى الهيئة القضائية- ذلك أن الأشخاص الذين يقيدون في هذه الجداول يملكون مباشرة الحقوق السياسية، وغير محرومين منها بالتالي أو موقوفين عن استعمالها. وتلك مهمة قضائية صرفة لا يجوز أن تتولاها وزارة الداخلية، وهي جزء من السلطة التنفيذية.

ثانيتهما: مرحلة دوران العملية الانتخابية -وهي الأهم- ذلك أنها تتصل بكل واقعة تلبس سيرها وتبطلها. ومن ذلك نوع التدابير التي اتخذتها وزارة الداخلية قبل التناخبين لمنعهم من التوجه إلى صناديق الاقتراع، أو للتأثير في وجهة أصواتهم وحملهم على الإدلاء بها على نحو معين، أو إفزاعهم بالتهديد لصرفهم عن واجبهم في الدعوة لأحد المرشحين، أو حرمان مندوبي المرشحين من مراقبة عملية إدلاء الناخبين بأصواتهم ورصدها، أو إرهاب رؤساء اللجان الفرعية بأوضاع غير ملائمة يعملون فيها، أو الامتناع عن تلبية طلباتهم التي يتوخون بها ضبط العملية الانتخابية، وضمان حيدتها.

ثالثاً: أن عملية الاقتراع في ذاتها، تفترض التحقق من صفة الأشخاص الذين يندلون بأصواتهم في اللجان الفرعية ويتعين أن يتم التكليل على صفاتهم هذه من خلال أوراق رسمية، وليس عن طريق أشخاص يتعرفون على الناخبين كمندوبي المرشحين.

(١) نص المادة ١٥ من قانون مباشرة الحقوق السياسية على أن لكل ناخب قيد اسمه في جداول الانتخاب أن يطلب قيد اسم من أهمل بغير حق أو حذف اسم من قيد من غير حق أو تصحيح البيانات الخاصة بالقيد. وتنص المادة ١٦ من هذا القانون على أن تفصل في الطلبات المشار إليها في العادة السائدة لجنة مؤلفة من رئيس المحكمة الابتدائية رئيساً وعضوية مدير الأمن بها!! ورئيس نيابة يختاره النائب العام.

### المطلب الثاني

#### ضمان مصداقية العملية الانتخابية

٣٨١- ترتبط مشروعية ومصداقية التمثيل النيابي في بلد ما، بالكيفية التي يباشر المواطنون من خلالها حق الاقتراع. وهو حق لا يجوز التمييز فيه بين المواطنين، ولا قصره على من يملكون مصادر الثروة، أو حجبه عن المعارضين، أو تقريره بما يخل بتكافؤ أصوات الناخبين في وزنها، أو على نحو ينقض تساويهم في فرص مباشرتهم لحق الاقتراع. ذلك أن السيادة لا يباشرها إلا المواطنون في مجموعهم. وهم يمارسونها بطريق غير مباشر من خلال أصواتهم التي يختارون بها من يمثلونهم في المجالس النيابية.

ويفترض انضمامهم إلى الدولة كوحدة سياسية تجمعهم، وحدة الشروط التي يمارسون السيادة من خلالها. فلا يجوز التمييز بينهم في ذلك، بناء على أوضاع طبقية أو اجتماعية أو أسرية أو على ضوء صفاتهم أو مصالحهم أو توجهاتهم أو انتماءاتهم، أو غير ذلك من العوامل التي لا شأن لها بطبيعة حق الاقتراع ولا بالشروط المنطقية لمباشرة هذا الحق.

ومن ثم يرتبط مفهوم المواطنة بمباشرة المواطنين لحقوق السيادة الوطنية، سواء كان ذلك بصفتهم ناخبين يتمتعون بالفرص الحقيقية التي يفاضلون من خلالها بين المرشحين على ضوء اقتناعهم بقدرتهم على التعبير عن القضايا التي تعنيهم؛ أم بوصفهم مرشحين يناضلون وفق قواعد متصفة من أجل الفوز بالمقاعد التي يتنافسون للحصول عليها في المجالس النيابية.

وقد كفل الدستور لكل مواطن حق الانتخاب وحق الترشيح وهما حقان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ذلك أن ما يفرضه المشرع من قيود غير منطقية على أحدهما، ينعكس بالضرورة سلباً على الآخر. ومن ثم كان ضمان حرية الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، وحرية مفاضلتهم بين المرشحين في الحملة الانتخابية، من الشروط الجوهرية لصحة جرياتها، فلا تعطل حيديتها أموال تتدقق فيها بغير ضابط، ولا تدابير بوليسية ترهق المترشحين عليها وتصرفهم عنها، أو تقزع الناخبين بما يتيهم عن الإدلاء بأصواتهم. وصار لازماً بالتالي ضمان فرص حقيقية للناخبين في تقرير مصير الحملة الانتخابية؛ وللمرشحين في مجال عرض برامجهم والدفاع عنها، وأن يكون الحوار بين هؤلاء وهؤلاء جوهر الحملة الانتخابية، ودليل صدق نتائجها. فلا تؤثر فيها عوامل

خارجية تجعل إسهام المواطنين في الحياة العامة صورة بغير مضمون. ويتعين على الأخص أن تتوازن حقوق المرشحين فيما بينهم، وأن تتكافأ فرصهم في النفاذ إلى وسائل الإعلام، وألا تكون سطوة المال طريقهم إلى صناديق الاقتراع.

وإذا كان ضمان مصداقية العملية الانتخابية، يفترض حيدة القواعد القانونية التي تنظمها سواء تعلق الأمر بزمان أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية - وهي جهة غير قضائية - أن تتفرد بتقرير مصير العملية الانتخابية التي تتباين الضغوط التي تؤثر في نتيجتها، وكذلك القوانين التي تتدخل في تنظيمها، وطرائق القيد في الجداول التي تحدد هيئة الناخبين؛ وكان فصل السلطة التشريعية في صحة عضوية أعضائها، خروجاً على طبيعتها وظائفها؛ إلا أن دستور جمهورية مصر العربية انحاز إلى السلطة التشريعية انحيازاً كاملاً، بأن جعل قولها فصلاً في شأن توافر شروط العضوية في أعضائها أو تخلفها، وذلك بما تنص عليه المادة ٩٣ من الدستور من أن العضوية لا يجوز إبطالها إلا بقرار يصدر عن السلطة التشريعية نفسها بأغلبية ثلثي أعضائها.

ذلك أن نص المادة المشار إليها يقضى بما يأتي:

يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه. ويختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الشعب بعد إحالتها من رئيس المجلس. ويجب إحالة الطعن خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض.

وتعرض نتيجة التحقيق والرأى الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحته الطعون خلال ٦٠ يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس.

ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

وقد حال هذا النص دون بناء الحياة السياسية في مصر على أسس سليم، بل أدى إلى إفسادها. ذلك أن الأصل هو أن يفوز بمقاعد السلطة التشريعية هؤلاء الذين اختارتهم حقاً وصدقاً هيئة الناخبين. فإذا ثار نزاع حول صحة عضويتهم، كان هذا النزاع قضائياً في طبيعته.

٣٨٢- ويتعين بالتالي أن تتولى الفصل فيه هيئة قضائية بحكم تشكيلها وضماناتها، وأهمها استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وحيدتها فيما تفصل فيه من المسائل التي تعرض عليها. ويستحيل أن تكون هذه الجهة -على ضوء القواعد المعمول بها في القانون المقارن- غير المحكمة الدستورية العليا: ذلك لأمرين:

أولهما: أن العملية الانتخابية في كافة مراحلها تثير بالضرورة مطابقة إجراءاتها للدستور. وهي كذلك عملية تتكامل مراحلها، ويستحيل فصل بعض أجزائها عن بعض.

بل إن مراقبة هذه العملية لتقرير صحتها أو بطلانها لا تقتصر على تقييم النصوص الدستورية التي تتدخل فيها من أجل تنظيمها، ولكنها تشمل كذلك كيفية سيرها وطريقة ضبطها، وغير ذلك من العوامل التي تؤثر في نتائجها.

ثانيهما: أن بيد المحكمة الدستورية العليا الوسائل التي تقيس بها دستورية العملية الانتخابية لأعضاء البرلمان. لأنها تطبق عليها مناهجها في تفسير الدستور، وتحيطها بنظرة كلية تضم أجزاءها إلى بعضها، وتنتظر بتحقيقاتها المحايدة نوع الضغوط المؤثرة فيها على ضوء خبرتها العملية.

٣٨٣- وتحليلنا لنص المادة ٩٣ المشار إليها، يدل أولا على أن دور محكمة النقض وفقا لحكمها، ليس إلا دورا هزليا.

ذلك أن المحكمة لا تصدر حكما في صحة العضوية التي يحيلها إليها رئيس السلطة التشريعية. ولكنها تحققها لتصدر فيها رأيا يعرض على هذه السلطة لقرار بأغلبية ثلثي أعضائها اعتماد أو رفضه.

ومن المتصور بالتالي إلا يؤبه لرأيها، وأن يكون تحقيقها في صحة العضوية بالتالي مجود أوراق تقل السلطة التشريعية نتيجتها أو تنحيها بقرار منفرد يصدر عنها بالأغلبية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣ المشار إليها.

وبدل ثانيا: على أن أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم يستبدلون بتقدير محكمة النقض في شأن ظالن العملية الانتخابية أو صحتها، تقديرهم الخاص. ويحلون بالتالي محلها في وظيفة

قضائية بطبيعتها. بل إنهم قد يبطلون عضوية خالص اجتهد محكمة النقض إلى صحتها. وهم بذلك يفصلون في مسائل دستورية بطبيعتها، وفي كافة العوامل المؤثرة في جريان العملية الانتخابية وفق الدستور، كتروير أصوات الناخبين.

وبدل ثالثاً: على أن تخويل السلطة التشريعية في مصر اختصاص الفصل بصفة نهائية في صحة عضوية أعضائها، مؤداه أن يكون تحققها من توافر شروط العضوية أو تخلفها، شكلاً من أشكال الرقابة الداخلية التي تجربها بنفسها في شئون أعضائها.

فلا يكون هذا الفصل محايداً، بل موجهاً بالمقاييس السياسية ومتطلباتها. وعلى ضوء معاييرها الذاتية وتوجهاتها الشخصية.

وهذه الرقابة الداخلية هي التي كان معمولاً بها في فرنسا قبل دستور ١٩٥٨، ولكنها نبذتها بعد إقرارها لهذا الدستور الذي جعل المجلس الدستوري بها قاضياً وحيداً للفصل في عضوية أعضاء السلطة التشريعية بمجلسيها. ولم تعد الرقابة على صحة العضوية بالتالي رقابة داخلية تستقل بها السلطة التشريعية، بل صارت رقابة خارجية تتولاها الجهة القضائية التي تفصل أصلاً في دستورية القوانين.

وقد تحقق هذا التطور على ضوء الحقائق الواقعية التي تؤكد انحياز السلطة التشريعية في قراراتها بصحة العضوية إلى ممالأة أنصارها. بل إنها تدهن خصومها حتى تجنبهم إليها إذا قدرت ضرورة أو ملاءمة استقطابهم إلى جانبها، فلا يكون فصلها في صحة العضوية غير تنفيذ لاتفاقتها الجانبية مع معارضيها، وإعمالاً لتسوية غير معلنة ولقعة وراء جدران مغلقة.

وليس ذلك إلا عبثاً عريضاً، وعلى الأخص إزاء ما هو مقرر في دساتير كثير من الدول الأوروبية من إيدال الرقابة الداخلية التي تباشرها السلطة التشريعية في شأن صحة عضوية أعضائها؛ برقابة خارجية يتولاها قضاء الشريعة الدستورية، وذلك حتى يستقيم تكوين مجالسها النيابية. فلا يتولى مهامها غير الأعضاء الذين فازوا بمقاعدهم في غير توأطؤ، وبدون تكليس، ويغير ضغوط. وبعيداً عن المحاباة.

وبدل القضاء المقارن كذلك على أنه حتى في الدساتير التي تعهد إلى السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها<sup>(١)</sup>؛ فإن كلمتها في ذلك لا تعتبر قولاً فصلاً.

٣٨٤- وتعطينا قضية Powell v. McCormack مثلاً واضحاً على ذلك. ذلك أن المحكمة العليا، بقرارية الأمريكية - وهي تقابل المحكمة الدستورية العليا في مصر - تقرر قاعدتين في هذا الشأن.

أولاهما: أن الديمقراطية التمثيلية تحكمها قاعدة جوهرية قوامها أن تختار هيئة الناخبين بنفسها - على ضوء اقتناعها - من يكون في رأيها من المرشحين، أصلح لتمثيلها. ولا يجوز بالتالي أن تقلص السلطة التشريعية من دائرة الناخبين المؤهلين قانوناً لمباشرة حق الاقتراع؛ ولا أن تضيق من فرصهم في اختيار ممثليهم؛ ولا أن تقتضي من المرشحين شروطاً غير التي نص عليها الدستور<sup>(٢)</sup>.

ثانيتهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها، ينبغي أن يفسر في حدود ضيقة، وأن يقتصر على التحقق من توافر الشروط التي تطلبها الدستور لضمان صحة انتخابهم.

فإن هي جاوزتها وذلك باستبعادها عضواً استوفى هذه الشروط ذاتها، فإن قرارها يكون باطلاً<sup>(٣)</sup>. وبظل انتحال السلطة التشريعية هذا الاختصاص لنفسها معيباً وخطراً، لإهداره إرادة هيئة الناخبين، وإضراره بمصالحها المباشرة في أن يمثلها من وقع اختيارها عليهم دون سواهم، وأن تحيط بالعملية الانتخابية كل ضمانات تقتضيها فاعليتها، فلا يكون لإسهام المواطنين فيها سوريا بل حقيقة.

(١) من بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي تحول دستوراً كلا من مجلسي السلطة التشريعية حق الفصل قضائياً في صحة عضوية أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members  
(Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969)). (٢)، (٣).

ولا يجوز بالتالي أن يطرد عضو كان انتخابه صحيحا، ولو عارض علانية بعض مظاهر السياسة الوطنية، أو ندد بها<sup>(١)</sup>.

٣٨٥- تلك هي النظم الرئيسية القائمة في شأن الفصل في صحة عضوية أعضاء السلطة التشريعية في الدول على اختلافها. وهي نظم اطرحها دستور جمهورية مصر العربية -مفضلا عليها ودون مبرر- أن تكون كلمة السلطة التشريعية هي الكلمة النهائية في شأن تحققها من توافر شروط العضوية ابتداء أو تخلفها.

ويزيد الأمر سوءا أنه وإن جاز للسلطة التشريعية وفقا لنص المادة ٩٤ من الدستور، أن تبطل عضوية لم تر صحتها، فإن نص المادة ٩٦ من الدستور يخولها كذلك إسقاط عضوية قائمة بعد ثبوتها.

وإذا كان إسقاط العضوية وفقا لنص المادة ٩٦ من الدستور يفترض زوال شروطها بعد توافرها لعرض طرأ عليها، كأن يخل العضو بواجبات عضويته، أو يفقد صفة العامل أو الفلاح التي انتخب على أساسها، أو تختل فيه أحد شروط العضوية بعد ثبوتها، أو ما ينبغي أن يتوافر فيه من الثقة والاعتبار؛ وكان نص المادة ٩٤ من الدستور لا يبطل عضوية بعد نشوء الحق فيها وفقا للدستور، وإنما يقرر تخلفها أصلا؛ فإن السلطة التشريعية يصير بيدها وحدها أن تبطل عضوية لم ينشأ الحق فيها، وأن تزيلها كذلك بعد ثبوتها؛ لتتحكم في تكوينها الداخلي من خلال قراراتها التي تقرر بها من يكون أو يظل من أعضائها، بما يوهن من روابطهم ببيئة الناخبين التي منحتم ثقتها، ويجعل مصائرهم بيد السلطة التشريعية. فلا يدينون بالولاء لسواها. وليس ذلك إلا إفسادا للحياة السياسية في مصر من خلال واجهة شكلية لديموقراطية يخفي قناعها جوهر ملامحها.

(١) Bond. V.Floyd . 385 U.S. 116 (1966).

### المبحث التاسع

#### الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم

#### لحقوق المواطنين وحرياتهم

٣٨٦- لا يزال بعض الفقهاء في مصر يروجون للرقابة القضائية التي يتعلق مناطها بالقوانين قبل تطبيقها<sup>(١)</sup> ويتصورونها طوق نجاة يرد عن القوانين بعد سريانها، ما قد يظن أنه العمل من مثالبها. فضلا عن أن القوانين التي تطهرها هذه الرقابة من عيوبها -والفرض فيها أنها قوانين لم تصدر بعد- تصير بعد تقرير دستورتها نقية لا سائبة فيها، فلا تدخل بعد العمل بها المراكز القانونية التي مستها.

ومن ثم تكون هذه الرقابة وقائية بطبيعتها، لأنها تحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور، وتكفل استقرار المراكز القانونية التي تنشأ هذه القوانين أو تعديلها.

بيد أن لهذه الرقابة عيوبها التي تتصل بأوضاع تطبيقها، ومثالبها الكامنة في طبيعتها.

### المطلب الأول

#### أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٧- لا نصلح في الدول النامية الرقابة على القوانين قبل إصدارها. ولا زال نجاحها محدودا في الدول العربية التي طبقتها كالجزائر والمملكة المغربية وموريتانيا. ولئن طبقتها لبنان، إلا أن قوة الديمقراطية فيها واتساع قاعدتها، هي التي وفرت للرقابة السابقة فيها، فرص ثرائها وتأثيرها في أوضاع مجتمعا.

ومع ذلك تظل الرقابة السابقة -وكأصل عام- واهية متراجعة في الأعم من تطبيقاتها، خاصة في دول القارة الأفريقية التي كان نموذج الرقابة السابقة المعمول به في فرنسا، مثلا لها. وتخاذلها في الدول النامية التي اعتنقتها، مرده أن هذه الرقابة لا يحركها الأفراد، بل تثيرها الطبقة

(١) من بين هؤلاء الأستاذة فوزية عبد الستار التي تحبذ مع آخرين الرقابة السابقة التي يتصورون أنها تدرأ عن القوانين شبهة مخالفتها للدستور عن طريق منحصر جهة الرقابة على الدستورية لأحكامها قبل أن تدخل هذه القوانين مرحلة التنفيذ.



السياسية التي نص عليها الدستور كرئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس الشيوخ. وجميعها جهات لا يعطيها كثيرا الفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرها المشرع بالنظر إلى نضامها في مصالحها، أو حتى توأمتها فيما بينها، ولو جاوزت هذه النصوص أحكام الدستور بصورة ظاهرة.

وتظل الرقابة السابقة معيبة في جوهرها، ولو خول الدستور الحق في تحريكها لعدد من أعضاء السلطة التشريعية كمستين من نوابها أو من شيوخها. ذلك أن وجود مثل هذا العدد، يفترض معارضة قوية لها أنصارها البارزين والراغبين في الاعتراض على السياسة التشريعية التي انتهجتها الأغلبية البرلمانية، ومحاسبتها عنها أمام قضاء الشرعية الدستورية من خلال الطعن في القوانين التي أقرتها، حتى إذا قرر هؤلاء القضاة مخالفتها للدستور، أكسبها ذلك ثقة هيئة الناخبين بها بما ينزهها على تصور مجابقتها للأغلبية البرلمانية بناء على أعراض حزبية، ويدل على أن صراعها معها كان من أجل القيم التي حرص الدستور على تثبيتها.

وفي ذلك إثراء للحياة السياسية من خلال أفاق جديدة تنهيا بها فرص تبادل مواقفها مع الأغلبية البرلمانية من خلال عملية التداول المشروع للسلطة، فلا تؤول لغير الأجر بقصة هيئة الناخبين.

وشئ من ذلك بندر أن يتحقق في الدول النامية التي تتولى السلطة فيها أغلبية حزبية طاغية. ولا يزيد دور المعارضة فيها عن أن يكون شكليا. ذلك أن هذه المعارضة كلما تنظر بعدد من المقاعد يؤهلها لإثارة الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها<sup>(١)</sup> فوجودها في المجالس النيابية ليس إلا هامشيا نتيجة قبح الأغلبية البرلمانية لخصومها، وتحريفها حق الاقتراع لصالح أنصارها.

كذلك تفترض الرقابة السابقة رأيا عاما يقضا تعنيه الديمقراطية في أعقق مظاهرها. وأخصها ضمان حق الاقتراع بما يكفل حرية هيئة الناخبين في اختيار من تراه أقدر على الدفاع عن مصالحها.

(١) في فرنسا يجوز لمستين نائباً أو مستين شيوخاً الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها أمام المجلس الدستوري الفرنسي. ويستحيل أن يتوافر هذا العدد من المقاعد للمعارضة في الدول النامية.

فإذا فاز نفر من المرشحين بقتتها، كانوا مسئولين أمامها عن أخطائهم وعثراتهم. فلا تقع السلطة التشريعية في قبضة السلطة التنفيذية، ولا تندمج معها، أو يتضاغل شأنها إلى جانبها، وإنما تساويها في وزنها، وتشاركها في سعيها لتحقيق آمال المواطنين وطموحاتهم، وفي مسئوليتها السياسية أمام هيئة الناخبين، وكذلك في صونها لأحكام الدستور.

ولا كذلك الأمر في الدول النامية التي قلما يشكل مواطنوها رأيا عاما صلبا يرصد أخطاء السلطة، ويسقطها من خلال حق الاقتراع.

ذلك أن المواطنين في هذه الدول مطاردون بالقهر أحيانا، وبضغوط احتياجاتهم اليومية طورا آخر. والسلطة ترصد حركتهم، وتصنفهم بين مؤيد لها ومعارض لسياستها. وغالبا ما تغدق على مؤيديها بقدر أيدئتها لمعارضيتها. فلا يستقيم جوهر الديمقراطية؛ ولا تتوافر للشرعية الدستورية، بيئة صافية تزدهر من خلالها. وقد ينظر إليها بوصفها ترفا زائدا، وأحيانا بقدر كبير من الريبة.<sup>٥</sup>

### المطلب الثاني

#### العيوب الكامنة في الرقبة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٨- وكما تؤثر الأوضاع الواقعية التي تحيط بالرقابة السابقة، في فرص نجاحها، فإن لهذه الرقابة كذلك عيوباً ذاتية كامنة فيها. ذلك أن هذه الرقابة تواجه النصوص القانونية المطعون عليها في تصوراتها المجردة. ولا شأن لتقييمها بالأوضاع العملية المترتبة على تطبيقها، وكأنها بذلك رقابة في غرفة مغلقة لا يصلها ضوء الخبرة العملية الناجمة عن الآثار التي أحدثتها هذه النصوص في مجال تطبيقها.

ومن ثم تتعزل النصوص المطعون عليها في مجال تقييم صحتها أو بطلانها، عن واقعها منظورا في تقديره إلى الأوضاع التي عايشتها. فلا يتم الفصل في دستورتها وفق ما أظهره العمل من مثالبها، وإنما من خلال افتراض أو تصور ما قد ينجم عن تطبيقها من آثار.

ولا شبهة في عمق الفروق بين ما هو قائم، وما هو مفترض. ذلك أن ما هو قائم هو الحقيقة الواقعة. وما يفترض من آثار ترتبها النصوص المطعون عليها، ليس إلا تصورا نظريا.

كذلك نزول الرقابة السابقة على القوانين قبل إصدارها، إما إلى تقرير صحتها أو إلى إبطالها. فإذا قرر قضاء الشرعية الدستورية براءتها من العيوب الدستورية، لزمها هذه السيرة ولو قام الدليل بعد تطبيق هذه القوانين عملاً، على خطورة الآثار التي أحدثتها في نعتق القانونية التي أنشأتها أو عدلتها. فلا تكون الرقابة على الشرعية الدستورية غير رقابة قاصرة لا تظهر فيها حقائق النصوص القانونية المطعون عليها من جهة تطبيقاتها اليومية لتناقض نتائجها واقع الحياة التي تعيشها هذه النصوص وتتفاعل معها، فلا يكون لها من شأن بمثلها الواقعية.

وفضلاً عما تقدم، فإن خطورة الرقابة على القوانين قبل إصدارها، مردها أن العوامل التي تحركها سياسية في طبيعتها، ويراد بها أن يحل هذا النوع من الرقابة محل المراجعة القضائية للقوانين بعد العمل بها، وهي أكثر فعالية وأكفل لصون الحقوق المنصوص عليها في الدستور. ولا يتصور كذلك أن تقوم هاتين الرقابتين إلى جوار بعضهما البعض. ذلك أن الرقابة السابقة -التي لا يحركها الأفراد، وإنما تستهضها الطبقة السياسية التي عينها الدستور- تفصل بصفة نهائية فسي دستورية القوانين المحالة إليها، سواء بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور.

ولا يجوز بعد هذا الفصل، مراجعتها من جديد على ضوء أوضاع تطبيقها والآثار العملية التي أحدثتها. ومن ثم تتأكل المراجعة اللاحقة وتضييق دائرة النفاذ إليها، وعلى الأخص كلما كان عدد القوانين التي تعرض في إطار الرقابة السابقة للفصل في دستورتها، هو الأكبر. وهو اتجاه قد تحرص عليه السلطة السياسية بقصد تمرير أكثر القوانين التي أقرها البرلمان، فلا يزنها قضية الشرعية الدستورية بالقسط، ولا يمعنون في بحثها بالنظر إلى قصر الأجل التي يتعين عليهم الفصل خلالها في دستورتها. وهو ما يسم الرقابة السابقة ليس فقط بقصورها عن ضمان حقوق المواطنين بصورة فعلية، وإنما كذلك بتسرعها.

ولا كذلك الرقابة اللاحقة التي تمحص دستورية القوانين من منظور حقائقها الواقعية، ويحركها الأفراد المعنويون مباشرة بالأضرار التي أصابهم بها هذه القوانين، فلا يتوخون غير تصحيحها. وطريقهم إلى ذلك هو الخصومة الدستورية التي يوجهونها وفق مصالحهم. وهي خصومة تمنعهم الرقابة السابقة منها، وتقصرها على النخبة السياسية في أعلى قممها. فلا يكون المواطنون شركاء في هوم أمتهم؛ ولا يسمعون بيقظتهم في فرض الرقابة الشعبية على مجالسهم التمثيلية. وإنما تباعد الرقابة السابقة بينهم وبين مشكلاتهم بعد أن أغلق الدستور أمامهم منافذ

عرضها. وتلك آفة حقيقية في الرقابة السابقة التي تنتهج بملاحمها السياسية سواء في شروط تحريكها أو طريقة ممارستها.

ولا تملأ الرقابة السابقة فراغا تقصر الرقابة اللاحقة عن سده، ولكنها تحول دونها إذا أنشأها الدستور بديلا عن الرقابة اللاحقة.

فإذا أقامها الدستور إلى جانبها، فإنها تقوضها. ذلك أن الرقابة السابقة لا تتوخى غير النظر في دستورية القوانين قبل إصدارها . فإذا اعتمدتها، فإنها تطهرها وبصفة نهائية من شبهة مخالفتها للدستور بما يؤدي إلى تآكل الرقابة اللاحقة مع الزمن، كنتيجة لانحصار مجال عملها في القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

والذين يحرصون على الرقابة السابقة في مصر، لا يتوخون بالترويج لها غير هدم المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن تقريرها في مصر، إما أن يكون بديلا عن الرقابة اللاحقة التي تبأشرها هذه المحكمة وفقا للدستور القائم، وإما أن تقوم معها وإلى جانبها.

فإذا استعاض الدستور بها عن الرقابة اللاحقة، كان ذلك إبدالا لرقابة حقيقية برقابة محدودة الأثر. وإضافتها إلى الرقابة اللاحقة، يقوضها، أو على الأقل يعطل كثيرا من تطبيقاتها، فلا تبقى للرقابة اللاحقة فائدة حقيقية ترجى منها.

### المبحث العاشر

#### امتناع تولى أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً

#### تتناقض طبيعة عضويتهم بها وتفرغهم لها

٣٨٩- لا يطلق الدستور للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، الحرية النهائية التي تقرر على ضوئها ما تراه هي داخلاً في ولايتها. وإنما يحدد الدستور لكل سلطة تخومها وضوابط ممارستها التي لا يقتصر نطاقها على المسائل التي حددها الدستور حصراً، وعهد إليها صراحة بها Enumerated Powers؛ وإنما يتحدد إطار ولايتها بمجموع المسائل التي ناطها الدستور بسبها وقصرها عليها؛ وكذلك بما يندرج ضمناً تحتها Implied Powers.

فضلاً عما يعتبر كامناً فيها Inherent Powers؛ أو نتيجة مرتبة بالضرورة على الاختصاص المقرر صراحة لها Resulting Powers<sup>(١)</sup>. بما موداه أن الولاية التي كفلها الدستور لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحيط بكل المسائل التي تنفق وطبيعة المهام التي تقوم عليها؛ وكذلك بما يعتبر من لوازمها التي لا تنفصل عنها، بل تشكل جزءاً منها يتكامل معها ويتممها.

فالاختصاص المقرر للسلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات الدولية، يخولها إلحاق أقاليم بها وضمها إليها من خلال معاهدة دولية؛ وكذلك إدارتها والافتراق بحكمها وتنظيم شئون شعبها.

والسلطة التشريعية في نطاق ولايتها الصريحة والضمنية، وعلى ضوء ما يعتبر كامناً فيها، أو نتيجة مرتبة عليها، أن تختار كل الوسائل اللازمة عقلاً لإنفاذ اختصاصاتها وتفعيلها.

(١) يعتبر كامناً في اختصاص السلطة القضائية الفصل في الخصومة التي تطرح عليها، اختصاصها بتوقيع العودة على من يخلون بالطعام في حلساتها، أو يرتكبون جريمة التحفيز بها.

Michaelson v. United States, 266 U.S. 42 (1924).

وفي ذلك يقول القاضي Field إن سلطة المحكمة في توقيع العقوبة على من يجرؤونها، هي سلطة كامنة في المحاكم جميعها ذلك أن وجودها لازم لصبط النظام في إجراءاتها القضائية، ولتعزيز أوامرها وأحكامها، ومن ثم لإدارة العدالة إدارة فعالة [19 Wall. (86 U.S.) 505 (1874)].

وفي نطاق ولايتها هذه، تنظم السلطة التشريعية كل المسائل المتعلقة بحقوق الأفراد وحررياتهم؛ وكذلك ما يتصل بشئون الاقتصاد، وبالسلطة القضائية؛ لضمان استقلالها وحيثيتها وتحديد قواعد تنظيمها وتوزيعها؛ وبزرع ملكية بعض الأموال من أصحابها؛ وتحديد الجرائم وعقوباتها؛ وبفرض المكوس على اختلافها؛ وبوسائل دعم التجارة وترويجها، وبإيفاء ديون الدولة، وبإصدار أدون الخزانة لصالحها Treasury notes؛ وبإلغاء شرط الوفاء بالعقود ذهباً؛ وبإصدار قوانين خاصة لتنظيم الفصل في بعض القضايا؛ وغير ذلك من المسائل التي يجوز أن تشرع فيها كفرضها لرقابتها على النفود، والإن بصرها.

بما يؤكد حقيقة قانونية مفادها أن ولاية السلطة التشريعية عريضة في اتساعها، وإن كان لا يجوز لها اعتبار بعض الأشخاص مذنبين قبل أن تدينهم محكمة تكون كذلك في تشكيلها وضماناتها Bills of attainder.

كما لا يجوز لها تقرير قوانين جنائية رجعية الأثر Ex Post Facto law<sup>(١)</sup>، أو تقرير عقوبة مفرطة في قسوتها، وغير ذلك من المسائل التي منعه الدستور من التدخل فيها، كحق السلطة التنفيذية في عقد قروض بغير موافقة السلطة التشريعية.

وإذ يحجز الدستور السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، في ممارستها لاختصاصاتها الشاملة، فذلك هو الأصل. ذلك أن كلا منهما، تنفرد بوظائفها التي تلتزم مع طبيعة المهام التي تقوم عليها، وبموظفيها الذين يتبعونها، فلا يباشرون عملاً لغيرها. فضلاً عن أن ضمان استقلال أعضاء السلطة التشريعية، من الشروط الجوهرية التي تكفل حرية ممارستها للمهام للشؤون التي يتولونها؛ وأخصها أن المجالس التمثيلية تقوم بطبيعتها على الحوار وتبادل الآراء فيما يعرض عليها أو داخل لجانها، وعلى الأخص ما تعلق بتقدير مشروع قانون مقترح، سواء بقبوله أو بانتقاده.

ولا يجوز بالتالي مناقشتهم فيما أبدوه من آراء أو طرحوه من أقوال؛ ولا الخوض في مضمونها أو دوافعها، وإلا كان ذلك تدخلاً في حريتهم في مجال عرض الآراء التي يؤمنون بها

(١) لا يدخل في إطار القوانين الجنائية رجعية الأثر، تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ارتكابه الجريمة.

Cook v. United States. 138 U.S. 157, 183 (1891).

والإصرار عليها، وتقديم الوثائق التي تؤيدها The speech-or-debate clause. وإن كانت حريتهم هذه لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن العملية التشريعية، وإن كان لا يجوز إعاقتها، أو تأنيب دوافعها، أو تجريح المتدخلين فيها؛ إلا أن ذلك يفترض مطابقة سلوكهم للقانون.

ولا كذلك الرشوة التي يقبلها عضو في البرلمان بقصد توجيه الحوار في موضوع معين وجهة بذاتها؛ أو لضمان تصويته فيه على نحو معين. ذلك أن الارتشاء ليس جزءا من العملية التشريعية. ويستحيل تصويره باعتباره واقعا في نطاقها<sup>(١)</sup>.

وشأن الارتشاء، شأن كل عمل يصدر عن عضو بالبرلمان ممالأة لغيره، ولو لم تعد عليه من هذا العمل أية فائدة شخصية. ذلك أن الأقوال أو الأفعال التي تصدر عن البرلمانيين، يتعين ألا تحكمها أو توجهها ضغوط أيا كان نوعها، ولا أن يكون الانتهاز أو التضليل مدخلا إليها، ولا أن تتمحض تجارة يتربحون منها؛ ولا أن تتناقض بوجه عام - التجرد والحيدة اللتين ينبغي أن تتسم بهما تصرفاتهم جميعها داخل البرلمان، كشرط كامن في طبيعة وظائفهم التي لا يخل بها أن يقوموا بمهام مؤقتة في لجان تعطيهم اجرا عنه؛ أو أن يكونوا أمناء لتنفيذ بعض الوصايا، أو زائرين غير متفرغين للتدريس في معاهد علمية.

ولا يجوز بالتالي أن يتولى عضو بالسلطة التشريعية، وظيفة أو عملا خارجيا - ولو لم يكن حكوميا - كلما جرد توافر هاتين الصفتين فيه، الآراء التي يبديها من حينها، أو قوض واجبه في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية، ومحاسبتها عن أخطائها، بما لا يحقق لصوته استقلالا يتوقى به الانزلاق إلى المحاباة أو الولوغ في التمانم الشخصية، أو التلون بلون السلطة بقصد مدهانتها.

وما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور، من أن للعاملين في الحكومة أو في القطاع العام أن يرشحوا أنفسهم لعضوية السلطة التشريعية، وأن يفوزوا بمقاعدھا مع احتفاظهم بوظائفهم وأعمالهم في جهاتهم الأصلية، مؤداه أن الفائزين بالمقاعد البرلمانية، لا ينفكون عن جهاتهم الأصلية الملحقة بالسلطة التنفيذية غالبا. وإنما يتبعونها. ولا ينفصلون كذلك عنها، بحكم خضوعهم وظيفيا وإداريا لرؤسائهم فيها. فلا يسألون جهاتهم هذه عن أخطائھا، ولا يواجهون انتهاقھا بالصرامة الكافية. بل إن جهاتهم تلك توفر فرص إرشائهم من خلال المزايا - الوظيفية وغيرها - التي تقدمھا عليهم.

(١) United States v. Helstoski, 442 U.S. 477 (1979).

فلا يكون موقفهم منها غير انحياز لها، دائرا في حلبة توجهاتها، وملتبعا عن قصور أدائها، ولسو قام الدليل لديهم على خطئها أو جنوحها، أو إضرارها بمصلحة لها شأنها.

كذلك يحل نص المادة ٨٩ من الدستور، إلى القانون لبيان الأحوال التي يجوز فيها لعضو السلطة التشريعية أن يكون غير متفرغ لشئونها، بما يوزع جهده بينها وبين الأعمال الأخرى التي رخص له المشرع في القيام بها أو توليها.

وفى ذلك إغراق في إلقاء أعضاء السلطة التشريعية عن واجباتهم الأصلية التي أنابتهم هيئة الناخبين عنها في مباشرتها، فلا ينصرفون إليها، بل يخلون عنها بصورة كلية أو جزئية. وكثيرا ما يجنحون إلى تقضيل مصالحهم في الأعمال العرضية التي يتولونها، فلا تستقيم عضويتهم من شوائبها. ذلك أن الأصل هو ألا تكون لهم مصلحة في عمل أو إجراء أو تعاقب يؤثر في حيدة أصواتهم أو يخال من قدرتهم على مجابهة المسائل التي تناقشها السلطة التشريعية وإبداء رأيهم فيها في حرية كاملة وبغير تدخل من أحد. وكان منطقيا بالتالي أن تمنعهم المادة ٤٩ من الدستور خلال مدة عضويتهم، من شراء شيء من أموال الدولة أو استئجاره؛ وأن تحظر عليهم كذلك أن يبيعونها أو يؤجرونها شيئا من أموالهم أو يقايضونها عليها؛ أو يتعاقدون بوصفهم ملتزمين أو مقاولين أو موردين.

ولئن كان الحظر المقرر بنص المادة ٤٩ من الدستور، يتناول صورا من التعامل يفترض أن يفيد أعضاء البرلمان من الدخول فيها؛ إلا أن تعميم هذا الحظر ليشمل كافة الأعمال التي يؤثر توليها في الأداء الأقوم لواجباتهم، أو يخل بمسئوليتهم قبل هيئة الناخبين، يكون واجبا كذلك من باب أولى. ولا يجوز بالتالي -ولو بنص في الدستور - تفويض استقلال البرلمانين، ولا أن تنهيا لهم الفرص التي يخل بها ضبط العملية التشريعية بما يعطل أو يقيد جرياتها في الحدود المفترضة فيها. ذلك أن القيم التي يحتضنها الدستور يتعين ضمان مبرانها في النظم القانونية جمعا. والدستور أولاها بالنزول عليها بحكم كونه وعاء للقيم ومصدر أكثر جوانبها. وهي قيم يفترض



أن تتكامل لا أن يمحو بعضها البعض، ولا أن يسقطها نص ولو ورد في الدستور، وإلا صار هذا النص باطلاً<sup>(١)</sup>.

وما السلطة التشريعية في تكوينها وكيفية مباشرتها لولايتها، غير إطار للتعبير بصنق عن إرادة هيئة الناخبين، فإذا حرقها أعضاؤها مخالطة أو إهمالا، اختل بنیان السلطة التشريعية لتكون محصلة جهدها قوانين ظاهرة البطلان، أو على الأقل قوانين لم يحسنوا مناقشتها وصرغوا اهتمامهم عنها.

### المطلب الأول

#### ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية

٣٩٠- ما أن يقيم الدستور سلطة تشريعية إلى جوار السلطة التنفيذية حتى يثور التساؤل حول حقيقة وماهية الروابط التي تجمعهما. ذلك أن الدستور وإن فصل بينهما جعلهما سلطتين متكافئتين قدرًا Co- equal branches لا تمتزجان أو تتداخلان؛ إلا أن الحقائق التاريخية التي يشهد بها القانون المقارن، تدل على توحيدهما بوجه أو بآخر، ولأن الفصل بينهما لم يكن فصلا حقيقيا، بل كان نصوريا، وعلى الأقل في الدول حديثة الاستقلال والدول الأقل نمواً، والتي يشهد تاريخها بأن اندماج هاتين السلطتين في بعض، كان هو الأصل.

وهو ما تحقق على الأخص من خلال نوبان السلطة التشريعية في السلطة التنفيذية التي تبسط قوتها على كثير من مظاهر الحياة، معتصمة في ذلك بغطاء من القوانين التي تحيط نفسها بها، أو حتى دون قانون، ومن خلال التحكم.

وقد كان توحيد السلطة قائما حتى في العهود القديمة. وهو ليس بالتالي بظاهرة حديثة. ذلك أن مقاليد الحكم كان يتولاها شخص يقبض عليها -ملكا كان أو أميرا أم إمبراطورا- باعتبارها مفوضا من الآلهة في القيام عليها. فلا تدور البلمطة إلا حوله، وهو بذلك مصدرها.

(١) Donald P. Kammsers. The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.p. 48- 49.

ولا كذلك الأشكال المعاصرة لتوحد السلطة التي لا تقوم على جذبها في كل عناصرها، وإنما تتولاها منفردة قلة تحيط نفسها بمظاهر القوة، وتعمل من خلال دائرة مصغرة تضمها إليها لا يدخلها غير الاصفياء الذين تمنحهم -ويقصد الإيهام بواجهة ديموقراطية تحرص عليها- جانباً ضئيلاً من عناصر ولايتها. فلا تتركز السلطة بكاملها في يدها. وقد تحقق توحد السلطة في كثير من الدول حديثة الاستقلال من خلال ثورة قام بها الجيش غايتها الظاهرة العمل على تحقيق العدالة الاجتماعية، وضمان الحقوق السياسية التي لم يظفر المواطنون بها. ولئن حرص قادة هذه الثورة على الدفاع عن قضية الديموقراطية من أجل تكوين نظم مدنية في خصائصها تحل محلهم بعد فترة من الزمن يحدونها؛ إلا أن تخليهم عن هذه النظم وتسويغهم في بناء أسسها، كان واقعاً حياً دل على رغبتهم في احتكار السلطة بالخداع حتى لا يعود الثوار إلى ثكناتهم يوماً. مثلهم في ذلك مثل الفاشيين والشيوعيين والنازيين الذين قفزوا إلى السلطة بصور مختلفة ولم يبرحوا بنزاع شتى تتردد بين كونهم الصفوة المختارة التي يوجهها فوهرر يترجم الأمال الوطنية ويكفلها؛ وبين كون البروليتاريا هي الطبقة الوحيدة التي تعمل في كفاحها ضد الرأسمالية على تصفية صور الاستغلال على اختلافها؛ وبين مزج حياة الفرد بالقيمة الأعلى التي تمثلها الدولة في حركتها الجماعية.

وأياً كان شكل توحد السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدول المعاصرة، فإن رصد مخاطره يدل على أن التوازن بينهما لم يعد قائماً، وأن استقلال السلطة التشريعية وحريتها في العمل صلر وهما، وأن ولاءها صار للسلطة التنفيذية لا لهيئة الناخبين. ذلك أن هذه السلطة هي التي منحها وجودها من خلال مساندتها لأعضائها الذين رشحتهم بنفسها في الحملة الانتخابية، مستفزة قواها لسحق خصومهم ليظفروا من دونهم بأكثر مقاعد السلطة التشريعية.

وتلك هي الأغلبية البرلمانية التي تصطنعها السلطة التنفيذية بوسائلها، وتبقيها في دائرة ضوئها حتى تكون مجرد تعبير عن صورتها. فلا تظهر في الحياة السياسية غير سلطة تنفيذية داهمة بقوتها، وسلطة تشريعية متراجعة بولايتها، مهينة قدراتها، متوارية في الظلال، لتأخذ القوانين التي تقرها صورة السلطة التنفيذية من خلال تحقيق توجهاتها ومطالبها، أياً كان مضمونها، بما يحيل التوازن بين هاتين السلطتين إلى تفاضل يقدم السلطة التنفيذية على التشريعية. فلا تعمل هذه بتقويض من الجماهير، وإنما بتقويض من السلطة التنفيذية التي تدب

في وجودها لها . وليس للسلطة التشريعية بالتالى من مكان إلى جوارها. بل هي دائما خلفها، لا تبصر سواها، وأذناها لها.

### المطلب الثاني

#### حدود الحصانة البرلمانية

٣٩١- تكفل الدساتير بوجه عام حصانة برلمانية في شأن الآراء والأفكار التي يبديها أعضاء السلطة التشريعية أثناء أدائهم لوظيفتهم بها سواء خلال جلساتها أو داخل لجانها<sup>(١)</sup>. وتبدو أهمية هذه القاعدة من ناحيتين:

أولاهما: أنها تحول دون تدخل السلطة التنفيذية فيما يصدر عن أعضاء السلطة التشريعية من أقوال أو أفعال أثناء مناقشتهم المسائل التي تنظرها.

ثانيتهما: أنها تكفل لهؤلاء الأعضاء التركيز على واجباتهم بصفقتهم ممثلين لهيئة الناخبين التي أنابتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية. فلا يتخلون عن مسؤوليتهم قبلها، ولا يصرفهم عنها خوفا مما قد تتخذه السلطة التنفيذية قبلهم من تدابير بقصد إيهان عزائمهم، أو لحملهم على تجاهل سوء تصرفاتها، أو لمنعهم من انتقاد رموزها أو تجريحها، بما يؤول فسي النهاية إلى تبعيتهم لها.

ومن ثم كان منطقيا أن ترتبط الحصانة البرلمانية في مفهومها وغاياتها بما يصدر عن أعضاء البرلمان من أقوال وأفعال اتصلا بالمهام التشريعية التي يتولونها، وبما يكفل صدق أدائها واتصال حلقاتها.

وتعتبر أعمال اللجان البرلمانية جزءا من العملية التشريعية، يمهدها وينير الطريق إليها، ويستكمل ما نقص من مقوماتها، سواء تعلق الأمر بتقييم مشروع قانون معروض عليها، أو بأوضاع تريد تفصيلها في موضوع معين<sup>(٢)</sup>.

(١) تنص المادة ٩٨ من الدستور المصري على أنه لا يجوز أن يؤخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه

كذلك تعتبر أعمال التحقيق التي تجريها هذه اللجان، وثيقة الصلة بالوظيفة التشريعية ذاتها. ويندرج اختصاصها في ذلك -ضمنًا- في المفهوم العام للسلطة التي يبتئرها البرلمان.

ذلك أن السلطة التشريعية لا يسعها أن تباشر المهام التي ألحها الدستور عليها: إلا على ضوء معلومات تنفذ إليها، وحقائق تبصرها، ومفاهيم تتحراها، وظروفا تتعمقها، كي تكون قراراتها وتشريعاتها قريبة قدر الإمكان من واقعاتها، مرتبطة عقلا بها، بما يجعل تشكيلها لهذه اللجان وتكليفها بمهام تتصل بوظيفتها التشريعية، جانبا ضروريا من متطلباتها، يتكامل معها ويتممها، وحقا ثابتا لها يكفل فعالية أدائها لهذه الوظيفة وتحوضها في مباشرتها، ولو لم ينص عليه الدستور<sup>(١)</sup>.

The exercise of its legislative functions effectively and advisedly.

ومن ثم صح القول بأن سلطة التحقيق البرلماني، وما يقرن بها من أعمال نتيجة هذا التحقيق، هي سلطة ضرورية توفر أداة ملائمة للمعاونة في العملية التشريعية<sup>(٢)</sup>.

An essential and appropriate auxiliary to the legislative function.

ذلك أن المجالس النيابية لا تحوز في يدها كافة الوثائق والحقائق التي تلزمها لإقرار مشروع قانون أو لتعديل قانون قائم، وعليها بالتالي أن تحصل على بياناتها من المصادر التي تملكها، والتي لا تقدمها غالبا بمبادرة منها، وإنما من خلال قهرها على إعطائها.

(١) شكل مجلس النواب الأمريكي أول لجنة برلمانية لتقصي الحقائق في عام ١٧٩٢. وذلك للتحقيق في أسباب هزيمة الجنرال St Clair وحيشه من الهنود في الشمال الغربي للولايات المتحدة الأمريكية. وقد حول هذا المجلس اللجنة التي شكلها حق استدعاء الأشخاص والحصول على الأوراق والسجلات التي تراها ضرورية لمعاونتها في النهوض بتشريعاتها.

(٢) لا يتضمن الدستور الأمريكي أي نص يخول مجلس النواب أو مجلس الشيوخ إجراء تحقيقات أو الحصول على شهادة من أي شخص يتوحي بها الكونجرس بمجلسيه مدبرة الوظيفة التشريعية بفعالية وتبصر. وقت باشر البرلمان الإختيرى هذا الحق. وكذلك مجالس نيابية للمستعمرات الأمريكية قبل تبنيها الدستور الأمريكي:

Landis. Constitutional limitations on the congressional power of investigation. Harvard law Review. 153, 159- 160 (1926).

(٣) Watkins v United states, 354 U S 178, 187 (1957).

وحتى لو عرضوا اختياراً تزويد البرلمان بما لديهم من حقائق، فإن بياناتهم بشأنها قد تكون قاصرة أو غير دقيقة. فلا يطمأن إليها إلا أن بعد أن تدققها اللجان البرلمانية تحرياً لصحتها.

ولا زال ينظر إلى هذه اللجان باعتبار أن حصولها بطريقة جبرية - على كل معلومة تطلبها في نطاق المهام التي حددها المشرع لها - ليس فقط كضرورة تقتضيها العملية التشريعية ذاتها، وكإجراء ملائم للتهوض بها A necessary and appropriate to the power to legislate؛ وإنما كذلك على تقدير أن عمل تلك اللجان يلتحم بالعملية التشريعية ويتداخل فيها Inhering in the legislative process.

ولئن ولجّه الناس أحياناً عمل اللجان البرلمانية المشار إليها بموجة من العداة بالنظر إلى إحقاقها نفسها في مسائل يختصون بها، ويرفضون إطلاع أعيان عليها؛ إلا أن تشكيلها ظل حقاً ثابتاً للمجالس النيابية جميعها، واختصاصها في المسائل التي تحققها بعيد في مدها.

فلا يقتصر بحثها على نوع من المصالح دون غيره؛ ولا على صور من مظاهر التصور في العمل العام دون سواها؛ ولا على تقصى الكيفية التي تدار بها القوانين القائمة، أو يصاغ بها مضمون مشروع تدعو الحاجة إلى إقراره؛ وإنما يجوز أن يشمل اختصاصها كل صور العوار التي تواجهها النظم القائمة، بغض النظر عن طبيعتها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية حتى يعيد البرلمان تقييمها ويصلحها. ويتقدم بالتالي أو يحجم عن مشروع القانون المطروح على ضوء نتيجة صلها<sup>(١)</sup>.

على أن اتساع سلطة اللجان البرلمانية لا يعنى أنها غير مقيدة. ذلك أن استخدام هذه اللجان لسلطاتها رهن ليس فقط باتصالها بالعملية التشريعية، وإنما بكونها عاملاً معاوناً في حسن أدائها. ولا يجوز بالتالي أن تجاوز سلطاتها الحصر - التي لا تبلغها السلطة التشريعية نفسها<sup>(٢)</sup>.

وليس لهذه اللجان بالتالي - شأنها في ذلك شأن البرلمان - أن تتدخل في خواص الحياة وأعمق مكوناتها، ولا أن تحقق في غيرها من المسائل التي لا يجوز أن يشرع البرلمان فيها،

(١) Barenblatt v. United states, 360 U.S. 109, 111 (1959); See also Eastland v. United servicemen's Fund 421 U.S. 491, 305- 307 (1975).

(٢) Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168, 189 (1881).

كتقصيها مسائل يدخل إلفصل فيها فى ولاية السلطة القضائية دون غيرها. ويظل اختصاص تلك اللجان منحصرا فى المسائل التى عينها المشرع لها، وبالأغراض التى توخاها من تشكيلها<sup>(١)</sup>.

وقد يشكل البرلمان لجنة للنظر فيما إذا كان عضو به يجوز طرده على ضوء سلوكه. ولها عندئذ أن تستدعى الشهود الذين يكشفون لها عن كل واقعة يمكن أن يؤسس عليها قراره بطرد هذا العضو، كلما كان سلوكه منافيا لواجباته فى البرلمان وللتقعة المودعة فيه<sup>(٢)</sup>.

وحق اللجان البرلمانية فى الحصول على كل معلومة تراها ضرورة لعملها، لا يقتصر على حملها الأفراد على تقديمها هى والأوراق التى تتعلق بها. وإنما يجوز لهذه اللجان أن تحصل عليها من الأجهزة الحكومية على اختلافها بقصد تنويرها السلطة التشريعية فى شأن مشروع القانون المعروض عليها.

ويفترض فى مباشرة السلطة التشريعية لهذا الاختصاص، أن أهدافها من تكوين هذه اللجان لها صلة بمشروع قانون مطروح عليها، وأن أهدافها هذه جائزة قانونا.

وقد أذن القضاء للسلطة التشريعية بتكوين تلك اللجان، ولو لم تكن قد حددت سلفا وجه استفادتها من تحقيقاتها، أو كيفية تعاملها فى بياناتها. وخولها القضاء كذلك سلطة التحقيق -ومن خلال اللجان البرلمانية- فى صور الغش التى داخلت عقود إجارة لأماكن تملكها الدولة، ولو بعد رفعها للدعوى التى تختصم فيها هذه العقود بقصد إبطالها والتعويض عنها. وحتى بعد رفض المستأجرين تقديم شهادتهم فى شأن تلك العقود تأسيسا على أن أمر الفصل فى صحتها أو إبطالها لازال معلقا أمام السلطة القضائية، وأن التحقيق البرلمانى لا صلة له بالمهام التى تقوم عليها السلطة التشريعية فى نطاق وظائفها؛ فإن هذا الاعتراض من جانبهم لم يثنها عن توجيه اللجنة التى شكلتها إلى المضى قدما فى عملها، وأن تقدم إليها نصيحتها فى شأن مشروع القانون اللازم لمواجهة ما اعتور هذه العقود من خلل<sup>(٣)</sup>.

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135, 170 (1927).

(٢) In re chapman, 166 U.S. 661 (1897); See also Barry v. United states ex rel cunningham, 279 U.S. 597 (1929).

(٣) Sinclair v. United States 273 U.S. 135, 295 (1927).

ذلك أن الأموال التي تملكها الدولة كانت محلاً للعقود المشار إليها، ولا يجوز بالتالي الاحتجاج بأن اللجنة التي تتجراها لتقرير حقيقة الأمر بشأنها، تتدخل في الشؤون الخاصة للأفراد. وقد تفرع عن حق السلطة التشريعية في تأمين مصالح بلدها، الحق في تشكيل لجان برلمانية غايتها التحقيق في صور النشاط المعادية للدولة، ومواقفها المختلفة ومصادر تمويلها<sup>(١)</sup>.

ويجوز كذلك في الدول الفيدرالية - وفي إطار شرط تداخل التجارة بين ولايتها - أن تشكل سلطتها التشريعية المركزية لجاناً للتحقيق في مظاهر القصور في أعمال كل منظمة نقابية وكذلك في انحرافاتها<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن العنوان على الحقوق المدنية للمواطنين، بخول السلطة التشريعية - وهي تختص بحمايتها - تشكيل لجان برلمانية للتحقيق مع كل منظمة أو جهة تعمل في اتجاه إنكار هذه الحقوق.

ولعل أبرز قيد يحد من عمل اللجان البرلمانية، هو أنها لا تحقق لمجرد التحقيق، ولا تظهر من الناس عوراتهم لمجرد كشفها والتعريض بهم<sup>(٣)</sup>.

The is no congressional power to expose for the sake of exposure.

ولكل شخص يدعى للشهادة أمامها للتحقيق في نشاط يقوم به، أن يطلب منها بيان نطاق سلطتها في إجراء التحقيق، ووجه تعلق أسئلتها به. ذلك أن اختصاص هذه اللجان لا يجوز أن يجاوز حدود التفويض الصادر لها من البرلمان. فهو الذي أنشأها ومنحها ولايتها، وحدد القيود عليها. ولا يتصور أن تزيد سلطتها على سلطة البرلمان الذي أحدثها.

وبقدر انبهاهم التفويض الصادر لهذه اللجان، يزداد امتناع سلطاتها إلى حد العدوان على حقوق الأفراد وحررياتهم.

كذلك فإن غموض هذا التفويض يفقده مشروعيته. ذلك أن حدوده القاطعة هي وحدها التي تحول دون إساءة استعمال تلك اللجان لسلطتها، وتظهر كذلك ما إذا كان تدخل هذه اللجان واقعاً في نطاق أنز المشرع بالتحقيق فيه، أم أن نشاطها تعداه إلى نطاق آخر.

(١) Deutch v. United States, 367 U.S. 456 (1961).

(٢) Hutcherson v. United states, 369 U.S. 599 (1962).

(٣) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 200 (1957).

وكما أن الدستور يقيد السلطة التشريعية في مجال القوانين التي تقرها، فإن الدستور يقيد كذلك عمل هذه اللجان، ويلزمها -ولو لم يرد نص بذلك في قرار إنشائها- بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم؛ ويندرج تحتها ألا تحمل اللجان شخصا تدعوه للمثول أمامها على الإدلاء بشهادة قد يبدان جنائيا بسببها<sup>(١)</sup> ولا أن تأمر بتفتيش أوراق يحوزها أو أشياء تتعلق به بغير إذن قضائي ولا أن تقيد حريته بغير الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

وكلما قام الدليل على أن عمل اللجان البرلمانية لا يرتبط بغرض غير مشروع، فإن إسراع الحصانة البرلمانية على أعمالها الواقعة في نطاق غرضها، يكون واجبا؛ شأنها في ذلك شأن البرلمانين الذين تقتضى وظائفهم ألا يعاونوا ناخبا في الحصول على مزاي لا يستحقها، أيا كان نوعها؛ ولا أن يقبلوا رشوة من أحد لضمان تصويتهم من اتجاه دون آخر؛ ولا أن ينشر أحدهم علانية تقريرا صدر عن لجنة برلمانية، ولو كان هذا التقرير متداولاً بين أعضاء البرلمان، أو كان يردد أوالاً دونتها هذه اللجنة في تقريرها، كلما تناول ذلك التقرير أشخاصا أسفر التحقيق معهم عما يشينهم.

فاللجان البرلمانية لا تتفصل جوهر مهامها عن تلك التي تقوم عليها السلطة التشريعية. ويكفل الدستور الحصانة البرلمانية لأعضاء هذه اللجان في الحدود ذاتها التي يضمنها للبرلمانيين أنفسهم. حتى يكفل لها ولهم حريتهم في التعبير عن آرائهم بالكلمة وبالفعل، لتتطلق عملية الحوار والاتصال فيما بينهم، وتتحرر من عوائقها *The deliberative and communicative processes*. ولا يتصور بالتالي إطلاق الحصانة البرلمانية من أوصافها التي تقيدها؛ وإنما يتحدد مناطها بالعملية التشريعية ذاتها، وإطارها العام بكافة الحقوق التي ترتبط بها؛ ووسائلها بكل الآراء فُسى تقاطعها وتقابلها سواء في ذلك ما ألقى منها بلغة هادئة، أو بعبارة جارحة، بغوائية مفرطة أو بعقلانية ناضجة، بعمق كامل أو بنظرة سطحية.

(١) Quinn v. United States, 349 U.S. 155 (1955).

(٢) Mcphaul v. United States, 364 U.S. 372, 382 - 83 (1960); Gojack v. United States, 384 U.S. 702 (1966).



وليس معقولا ولا مقبولا أن يمانئهم أحد عن أعمال وظائفهم التي أدوها بحسن نية، ولا أن يسوقهم إلى القضاء للتعويض عنها حتى لا تتفرق جهودهم، ويتحول اهتمامهم إلى مسائل جانبية تبدد وقتهم.

ولو أنهم سئلوا عن كل كلمة نطقوا بها، وعن دوافعهم إلى النطق بها، وعن كل قرار اتخذوه -صائبا كان أم خاطئا- لا ختل ببيان العملية التشريعية التي تقرض في جوهرها تعلقها بنشاط يتمحض عملا تشريعا Purely legislative Activities.

ولا كذلك سعيهم لاستثمار الوظيفة التشريعية أو التستر وراءها لإتيان أعمال لا تشملها بقصد تحقيق مغانم شخصية<sup>(١)</sup>.

ذلك أن تصرفهم على هذا النحو يقتضى تأديبهم ويزيل عضويتهم بقرار من السلطة التشريعية نفسها<sup>(٢)</sup> التي لا تتوافر أمامها -وبحكم تكوينها- ضمانات الحيادة والاستقلال اللذين تكفلهما السلطة القضائية فصلا في الخصومة التي تعرض عليها.

ولو قيل بمرئان الحصانة البرلمانية في غير نطاقها، لكان التذرع بها طريقا للانتهاز وقيدا بغير مبرر على السلطة القضائية ذاتها التي تفصل في كل نزاع يعرض عليها من خلال الخصومة القضائية.

ولعل ما تقدم هو ما دعا القضاء المقارن إلى فصل الأقوال والأفعال التي تصدر عن عضو بالبرلمان فيما لا شأن له بالعملية التشريعية؛ عن نطاق الحصانة البرلمانية، لتشملها الرقابة القضائية.

بل إن هذه الرقابة تنبسط كذلك على الأعمال التي أتمتها السلطة التشريعية في شكل قانون أو قرار، ليفصل قضاء الشرعية الدستورية في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، وبغير تعرض منهم لأراء أعضاء السلطة التشريعية بشأنها، أو دوافعهم لإقرارها، أو موقفهم منها.

(١) ومن قبيل هذه المغانم محومهم في الصحف على خصومهم وتكديدهم بهم.

(٢) United states v. Brewster, 408 U.S. 501, 518 (1972).

### المبحث الحادي عشر

#### حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود

٣٩٢- كان يقال قديماً بأن الدستور فصل بين السلطة التشريعية التي اختصها بإقرار القوانين The law-making power وبين السلطة التنفيذية التي عهد إليها بتنفيذها The law-executing power، وبينهما وبين السلطة القضائية التي ناط بها اختصاص تفسير القوانين وتطبيقها في النزاع المعروف عليها The law-interpreting power، وأن الفصل بين السلطة التشريعية وهاتين السلطتين، يقتضيها ألا تفوض إحداها في مسائل تتولاها وتدخل في ولايتها وفقاً للدستور، خاصة وأن تقسيم السلطة بين الأفرع الثلاثة التي تباشرها، مؤداه أصلاً ألا تنقل السلطة التشريعية ولايتها -على الأقل في العريض في مسائلها- لا إلى السلطة القضائية ولا إلى السلطة التنفيذية، ولا أن تحتل لنفسها اختصاص هاتين السلطتين اللتين تتكافآن معها وزناً وقدرًا.

بيد أن فصل السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية، لم يعد اليوم مبرراً كافياً يصادر التفويض في الاختصاص، خاصة وأن التعاون بينها جميعاً يعتبر مدخلاً وحيداً لمباشرة كل منهما للمهام التي تقوم عليها بطريقة أفضل.

وإذا عمل كذلك على أن السلطة التشريعية حتى وإن خلا الدستور من نص يخولها أن تفوض جانباً من اختصاصاتها إلى جهة إدارية أو قضائية، إلا أنها عملاً تفوض بعض مظاهر ولايتها إلى غيرها، وعلى الأخص كلما تعذر عليها أن تواجه بتشريعاتها المسائل التفصيلية التي تندرج في قواعدها الكلية، وأن تتبأ سلفاً بأوضاع تطبيقها، أو تحيط بمشكلاتها العملية وبالطول اللازمة لتعظيمها.

وصار التفويض بالنسبة لضرورة عملية قبل أن يكون حقيقة قانونية، وهي ضرورة لا يمكن التغلّب على من موجداتها؛ ولا إطلاقها من كل تنظيم يضبطها؛ ويعتبر إطاراً لها.

وتظل الصعوبة التي لا مراء فيها، هي في بيان الحدود الخارجية لهذا الإطار... فهل لا يكون التفويض جائزاً إلا إذا كان مقبولاً عقلاً بأن كان واقعاً في إطار الحدود المنطقية للتفويض...؟؟؟ أم أن المسائل التي يشملها التفويض لا يجوز أن يراقبها قضاء الشرعية الدستورية

بالنظر إلى حساسيتها وتعدد دروبها بما يفرض عليهم تجنبها قدر الإمكان؟ أم أن شرط جواز التفويض هو انحصاره في مسائل جانبية محدودة الأهمية؟

### المطلب الأول

#### شروط جواز التفويض

٣٩٣- وليبان ما إذا كان التفويض في الاختصاص جائزا قانونا أم محظورا، فإن ثمة قواعد قانونية يتعين إيضاها بصفة مبدئية وهي:

أولا: أن ولاية السلطة التشريعية تنحصر أصلا في الحدود التي قيدها الدستور بها.

ثانيا: أن تقرير اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي عهد الدستور بها صراحة لها، لا يحول دون مباشرتها لكل المسائل التي تنفرع بالضرورة عن اختصاصها العام.

فالرقابة التي تفرضها السلطة على موارد الدولة تخولها الاختصاص بتنظيم كيفية إنفاقها في مصارفها.

بما مؤداه أن ما يعتبر من الفروع نتيجة مباشرة للأصول التي تجمعها، يكون من لوازمها التي لا تنفصل عنها.

فالسطة في عموم مفهومها تتناول بالضرورة كل ما يدخل في جزئياتها.

وتلك قاعدة يملئها حكم العقل، ولا مجال لدحضها أو الاعتراض عليها، ولو خلا الدستور من نص يقرها.

ثالثا: الأصل في المسائل التي لا يأذن الدستور للسلطة التشريعية باتخاذ قرار فيها، أو يمنعها عنها، أن تعتبر محظورة عليها<sup>(١)</sup>.

رابعا: أن ما يندرج ضمنا في إطار اختصاص عام، يكون واقعا في حدوده. فاختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الحقوق على اختلافها وبفرض المكوس وتقرير قواعد الإنفاق العام،

(١) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

واقتراض النقود وصكها، وتنظيم التجارة مع الدول الأجنبية، ووضع قواعد موحدة في شأن الجنسية والتقاليد، وضمان تقدم الدولة في بحوثها العلمية والعمل على تشجيعها ودعم الفنون المفيدة، كل ذلك وغيره يكون واقعا في إطار الاختصاص العام للسلطة التشريعية بإقرار القوانين التي تتصل بالحياة اليومية لمواطنيها وتكفل رخاءهم، وتحقيق الآمال التي يتطلعون إليها.

خامسا: تعتبر السلطة مندرجة ضمنا في إطار الاختصاص العام، ولو لم تكن ضرورية لمباشرة هذا الاختصاص Necessary، وإنما يكفيها أن تكون ملائمة Convenient لتحقيق الأغراض التي يتوخاها.

سادسا: تتناول السلطة الواقعة ضمنا في إطار اختصاص عام مقرر بنص في الدستور، كافة الوسائل التي ترتبط عقلا بتحقيق الأغراض التي يستهدفها الاختصاص العام، وبما لا يخل بالحدود الخارجية لهذا الاختصاص؛ وإلا صار الاختصاص العام لغوا Nugatory.

ذلك أن مباشرة السلطة لولايتها إما أن تكون انحرافا عنها أو تقيدا بضوابطها. وهي تباشر ولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، إما بتوليها الأعمال التي حصر الدستور اختصاصها فيها؛ وإما بتصديقها لكل المسائل التي تنشأ عن اختصاصها المحدد حصرا، بما يربطها به بعلاقة منطقية The Derivative Exercise of an Enumerated power فلا تشكل النصوص المحددة للاختصاص تحديد حصص، مع "التمثيل المؤدية عملا إليها، غير وحدة عضوية لا تنقسم أجزاؤها.

سابعا: أن كل تفويض يتبى بالضوابط ذاتها التي تتبى بها السلطة التشريعية في مجل مباشرتها لولايتها.

ذلك أن هذه السلطة لا يسمعها أن تنقل لغيرها إلا الحقوق التي تملكها The legislative power can give away only what is its to give.

فما حظره الدستور على السلطة التشريعية ذاتها بقيد من يتلقى التفويض منها. وإذا كان لا يجوز لهذه السلطة أن تنظم الحقوق بما يناقض جوهرها، وكان لا يجوز لها كذلك طبقا للدستور أن تفصل النصوص القانونية التي أقرتها، عن الأغراض التي توختها من إقرارها؛ فلأن الذين يباشرون التفويض يتقيدون بهذه الضوابط ذاتها. ولا يجوز في التفويض الصادر عن السلطة

التشريعية الاتحادية، في الدول الفيدرالية، أن يصل مداه إلى حد الإحلال باختصاص تشريعي مقرر لولاياتها طبقاً للدستور<sup>(١)</sup>.



تلك هي القواعد التي تحكم ولاية السلطة التشريعية. وعلى ضوءها يمكن القول بأن كل اختصاص مخول للسلطة التشريعية بنص في الدستور، يفيد ضمناً سلطة التفويض في مباشرة هذا الاختصاص بما يكفل تحقيق الأغراض التي يتوخاها<sup>(٢)</sup>.

A constitutionally – granted congressional power, implies a power to delegate authority under it sufficient to effect its purposes

#### المطلب الثاني

#### صور التفويض

#### ٣٩٤- ويتخذ التفويض عادة صورتين:

ففي إحداها يتخذ التفويض صور تقرير قواعد قانونية تكتمل بها ملامح قانون قائم ليظهر في صورته النهائية.

وفي هذه الحالة يقتصر البرلمان على تحديد الخطوط الرئيسية لموضوع معين، تاركاً إلى الجهة التي يعينها الاختصاص بملاء الفراغ فيها To fill the details. كتحويل رئيس الجمهورية سلطة زيادة التعريف الجمركية أو خفضها وفقاً للقانون، وتحويل المحكمة العليا في بلد ما أن تعدل بعض القواعد الإجرائية التي تلزمها المحاكم الأدنى منها.

وكثيراً ما يحدد القانون الجنائي الإطار العام للجريمة، ويفوض السلطة التنفيذية في تقرير جوانبها الأخرى التي لم يتناولها القانون بالتنظيم.

(١) Laurence H. Tribe. American constitutional law, second edition, p. 362.

(٢) Lichter v. United States, ٣٢٦ U.S. 742, 778 (1948).

وقد يفوض القانون وزير الخزانة في تقرير الحد الأدنى من الخصائص النوعية، ودرجة النقاء التي يجب توافرها في السلع الأجنبية المستوردة<sup>(١)</sup>.

وفي الصورة الثانية، تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في سلطة إحياء نصوص قانونية، أو وقفها أو تعديلها، بناء على تغيير تقدر هذه الجهة طروءه على العناصر الواقعية التي تقوم عليها هذه النصوص<sup>(٢)</sup> (Contingent legislation).

ويدخل في ذلك أن تقر السلطة التشريعية قانونا، وتعلق تطبيقه على تحقق رئيس الجمهورية من واقعة بذاتها، كأن تعلق تنفيذ قانون صدر عنها يكفل حرية التجارة بين بلدها والدول الأجنبية؛ على أن يكون تبادل التجارة فيما بينها، مقصورا على الدول الأجنبية التي تصون حقوق الإنسان، أو التي لا تعاديبها، أو تناهض مصالحها من وجه آخر.

ومن ذلك أيضا تخويل رئيس الجمهورية فرض قيود على تبادل التجارة مع الدول التي تخل بحرية تدفقها، من خلال المكوس الباعطة التي تفرضها على السلع التي تستوردها بلده<sup>(٣)</sup>.

ولأن التفويض في السلطة لا يجوز أن يجاوز حدود الاختصاص المقرر للسلطة الأصينة التي صدر التفويض عنها، فإن التفويض يتقيد بالضرورة بالضوابط التي فرضها الدستور على الاختصاص الأصلي.

فإذا كان الدستور قد احتجز مسئلة بذواتها لغير السلطة التشريعية أو منعها من تنظيمها، فإن تفويض السلطة التشريعية فيها يكون محظورا. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة أن تفوض ولاية في إدارة الشؤون الخارجية، ولا أن تخولها الحق في أن تصوغ القوانين المركزية التي تنظم الجندية<sup>(٤)</sup>.

(١) Wayman v. Southard, 23 U.S. 10 Wheat (23 U.S.) 1.14 (1825); Buttfield v. Stranaham. 192 U.S. 470 (1904).

(٢) United States v. Rock Royal Co- op., Inc. 307 U.S. 533 (1939).

(٣) Field v. Clark 143 U.S. 649 (1892); Lichter v. United States, 334 U.S. 742. 778-779 (1948); The brig Aurora, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813).

(٤) Zscherer v. Miller. 389 U.S. 443 (1968).

وقد يلزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولى بنفسها تنظيم مسائل حددها، فلا يكون التفويض فيها جائزاً *Non-delegable issues*. ومن ذلك أن الدستور قد يدخل رئيس الجمهورية حق إبرام المعاهدات في حدود توجيهات السلطة التشريعية وبموافقتها، ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة -ولو بأغلبية خاصة- أن تشكل لجنة من خارجها تعهد إليها بأمر الموافقة على أية معاهدة دولية يبرمها رئيس الجمهورية أو الاعتراض عليها<sup>(١)</sup>.

وقد يكون حق اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة أو بالإخلال الجسيم بواجبات وظيفته، مقصوراً على السلطة التشريعية أو على أحد مجلسيها. فلا تكون هذه السلطة أو هذا المجلس، غير الجهة الوحيدة التي تتولى هذا الاختصاص بلا تفويض<sup>(٢)</sup>.

وفضلاً عن المسائل التي ألزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولاها بنفسها، كفرضها لضريبة عامة وفقاً لنص المادة ١١٩ من الدستور القائم في جمهورية مصر العربية، فإن من المحظور على هذه السلطة أن تنقل ولايتها التشريعية بأكملها إلى جهة أخرى *The legislative power as a whole*، حتى لا يكون موقفها من الوظيفة التي اختصها الدستور بها، تسلياً نهائياً منها بتفويض غيرها في ممارستها *Non-transferable delegation*.

كذلك لا يجوز للجهة التي فوضتها السلطة التشريعية في مباشرة اختصاص معين، أن تنظر إلى هذا التفويض باعتباره منصرفاً إلى سلطة موازية للسلطة التشريعية، ينكأ به مركزها معها. ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، تتقيد بالضرورة بنطاق المسائل التي فوضتها السلطة التشريعية فيها، وبالأغراض التي كلفتها بتحقيقها. فلا تتخذ من الوسائل لضمانها، غير تلك التي ترتبط عقلاً بها.

ومن ثم لا تتوافر للجهة المتلقية للتفويض منها، الحرية ذاتها التي تملكها السلطة التشريعية، والتي تخولها النظر في كافة الأغراض التي يجوز أن تستهدفها في إطار ولايتها. وإنما يتعين أن تقيد الجهة المتلقية للتفويض نفسها بتلك الأغراض التي ترتبط بالمهام التي كلفتها السلطة التشريعية بتحقيقها. بما موداه أن للسلطة التشريعية -دون الجهة التي فوضتها- خياراتها المفتوحة في مجال تقدير الأغراض التي يجوز أن تستهدفها *The open-ended discretion to choose ends*.

(١)، (٢) Laurence H. Tribe, *ibid*, pp. 362- 363.

فالجهة التي تفوضها السلطة التشريعية في تنظيم أوضاع العمل في صناعة معينة، لا يجوز أن تقرر حرمان غير المواطنين العاملين فيها، من تقلد بعض المهام المدنية بها؛ ولو بادعائها أن لهذه المهام حساسيتها التي تقتضى قصرها على المواطنين. إذ ليس للجهة المتلقية للتفويض ثمة اختصاص في مجال إدارة الشؤون الخارجية، ولا في عقد معاهدة دولية أو التفاوض عليها، ولا في تنظيم شؤون الهجرة أو شروط تلقي الجنسية وكسبها. وإنما يقتصر التفويض الممنوح لها على مجرد تقرير وتنفيذ الشروط والأوضاع الأفضل لأداء العمل في صناعة بذاتها<sup>(١)</sup>.

وبوجه عام، ترند القيود على التفويض الصادر عن السلطة التشريعية، في أساسها، إلى ما يتطلبه الدستور ضمنا في الحكومة، من قبول الجماهير لتصرفاتها، وتوافقها مع القانون في معناه العام<sup>(٢)</sup> (Consensual government under law). ذلك أن الحكومة بأفعائها التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا تباشر إلا سلطة مسئولة من الناحيتين السياسية والقانونية. ومن الناحية الدستورية، يفترض تعاون السلطة التشريعية مع غيرها من الأفرع، أن تكون خياراتها نابعة من قبول المواطنين لتصرفاتها كأساس وحيد لتدخل السلطة التشريعية المنتخبة في شؤونهم، ويصرفها لها.

ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة، ولا للهيئة التي تفوضها في مباشرة بعض اختصاصاتها، أن تتخذ إجراء أو تدبيرا، ولا أن تقوم بعمل، ما لم يكن واقعا أصلا في نطاق ولاية السلطة التشريعية التي حدد الدستور نفوذها.

وعلى هذه السلطة، وقبل إقرارها لتفويض أيا كان مداه، أن تعلن أولا عن سياستها في موضوع معين؛ وأن تحدد بعد ذلك الشروط والأوضاع التي يكفل التفويض من خلالها تنفيذ هذه السياسة وتحقيقها<sup>(٣)</sup>.

وتلك هي القواعد التوجيهية التي لا يجوز للهيئة المتلقية للتفويض من السلطة التشريعية، أن تتحلل منها في ممارستها للتفويض الصادر لها.

(١) Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe. ibid. pp. 364.

(٣) Opp Cotton Mills. Inc v. Administrator, 312 U.S. 126, 144 (1941); See Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).



ذلك أن دستورية الأعمال والتدابير التي تتخذها الهيئة الملتقية للتفويض، مناطها أن يصدر بالتفويض قانون عن السلطة التشريعية؛ وأن تكون الأعمال أو التدابير المفوض فيها، داخلة أصلاً في اختصاصها؛ وألا يتناول التفويض مسائل ألزمها الدستور بأن تستقل بتصرفها  
Non-delegable power.

وكلما كان نطاق التفويض منبهما، أو كانت ضوابط تحديد عناصره ومستوياتها، عريضة في اتساعها، كان التفويض غير مقبول سياسياً ودستورياً. ذلك أن السياسة التي تختطها السلطة التشريعية لنفسها، هي التي تحاسبها هيئة الناخبين عنها. فإذا كان التفويض غامضاً في حدوده، أو عريضاً في أبعاده، دل ذلك على تخليها عن جزء من ولايتها لجهة لا تكون مسئوليتها أمام هيئة الناخبين في الحدود ذاتها التي تقتضيها هذه الهيئة من السلطة التشريعية نفسها.

فلا تفرض هيئة الناخبين رقابتها المباشرة على هذه الجهة بما يطلق تصرفاتها من عقائدها، ويحول دون ضبطها أو مساعلتها عنها. ولا يعدو ذلك أن يكون إسرافاً من السلطة التشريعية في مجال التفويض، غير جائز من الناحية الدستورية.

وفصل قضاء الشرعية الدستورية، فيما إذا كان الاختصاص المفوض فيه داخلاً أصلاً في ولاية السلطة التشريعية؛ وما إذا كان التفويض قد تناول مسائل يجوز التفويض فيها؛ وما إذا كان

منطوياً على معايير وضوابط توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض عنها فيما يتعين عليهم أن يفعلوه؛ وما إذا كان التدبير أو الإجراء الصادر عنهم واقعاً في حدود التفويض؛ وما إذا كانت الوسائل التي اختاروها في مجال مباشرة السلطة التي فوضوا فيها، ملائمة في غير تجاوز. وليس بشرط أن تكون المعايير والضوابط التي توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض منها، جلية قاطعة حدودها، وإنما يكفي أن يكون بالإمكان فهمها<sup>(١)</sup>.

فإذا أحاط المفوض بها، صار التفويض منبهما لا تقتصر مضاره على تسحية هيئة الناخبين عن مباشرة رقابتها على الهيئة الملتقية للتفويض، وإنما تتحقق هذه المضار كذلك من زاوية تخلي

(١) American Power and light Co. v. SEC, 329 U.S. 90 (1946).

السلطة التشريعية عن تقرير خياراتها في مسائل بالغة الأهمية نكتنفها محاذير كبيرة، إلى الجهة التي فرضتها بدلا عنها في اتخاذ قراراتها بشأنها.

وهي جهة تتغلق على نفسها في الأعم من الأحوال، ولا تؤثر الإرادة الشعبية في توجهاتها. وليس لهؤلاء الذين يتصل التفويض بمصالحهم المباشرة، من أثر على تحديدها للبدائل التي تفاضل بينها.

وشأن التفويض الغامض، شأن التفويض المنفرط Broad delegations of power، كلاهما غير مقبول. ذلك أن التفويض في الصورة الثانية يجعل السلطة التشريعية مسئولة عن أعمال ليس لها سيطرة عليها، هي تلك الصادرة عن الجهة المتلقية لتفويض شديد الاتساع. إذ يخولها هذا التفويض أن تحدد بنفسها معايير مناهجها وطرائقها في العمل. وقد يكون التفويض المنفرط مجرد قناع تتمسك السلطة التشريعية وراءه حتى يتحمل آخرون عنها مسئولية أعمال خطيرة لا تريد أن تواجهها، بما يقلص من فرص اتخاذ قرار وفق أسس موضوعية في المسائل التي اتصل التفويض بها؛ وبأن كذلك من حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية. وهو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية، على أن تفسر قانون التفويض في حدود ضيقة، وأن تبطل قانون التفويض كلما تعذر عليها توفيق أحكامه مع الدستور<sup>(١)</sup>.

وكلما كان التفويض، لا ينال بصورة ظاهرة من حقوق الأفراد وحرياتهم التي كفلها الدستور، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتسامح غالبا في تخلي السلطة التشريعية -من خلال التفويض- عن بعض مظاهر ولايتها، أو أجزاء من مسئوليتها.

وكثيرا ما تتخذ جهة الرقابة من القيود التي فرضتها الهيئة المتلقية للتفويض على نفسها -في مجال تطبيقها لشروطه وفهمها لمحتواه- أساسا لتحديد مضمون التفويض ومداه؛ ومن الضوابط التي حددتها هذه الهيئة لتنفيذ السياسة التي فرضتها السلطة التشريعية في تحقيقها، صمام لمن يحول دون تحكمها في استخدام السلطة التي تعلق التفويض بها<sup>(٢)</sup>.

(١) Greene v McElroy . 360 U.S. 474,507 ( 1959).

(٢) United States v. Rock Royal Co-op., Inc, 307 U.S. 533,577 (1939).

ولا يعني ذلك، أن تتسلب جهة الرقابة على الدستورية من مراجعتها لحدود التفويض وضرورة تعيين المسائل التي يشملها بما يحول دون التجهيل بها. بل ربما كان تحفظها على كل تفويض عريض في مداه، أو غامض في معناه، هو القاعدة التي لا تقربط فيها.

ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، يستحيل القول بتساويها مع السلطة التشريعية التي تراقبها هيئة الناخبين وتساؤلها عن أعمالها وتصرفاتها؛ ولا أن تفترض دستورية التدابير التي تتخذها مثلما تفترض دستورية النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية المنتخبة.

ومن غير الجائز بالتالي أن تفترض مشروعية التفويض، أو الضوابط التي يقوم عليها، إذ هو استثناء من أصل اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي يتناولها.

وصح القول بالتالي بأن مناط مشروعية التدابير التي تتخذها الجهة المتلقية للتفويض، هو إنصافها، وإبلاؤها الاعتبار لكافة المصالح المتصلة بموضوع التفويض، وبافتراض أن التفويض -في مصدره وأبعاده- لا يناقض الدستور.

ولا كذلك أن تتخلى السلطة التشريعية من خلال التفويض الصادر عنها عن قراراتها الصعبة فيما هو هام من شئونها، وإن دل العمل على اتساع التفويض الصادر عنها في المجال الدولي بما يخول رئيس الجمهورية سلطة تقدير يتحرر بها من كثير من القيود التنظيمية التي تحد عادة من حركته في النطاق الداخلي<sup>(١)</sup>.

ويبطل التفويض كذلك إذا كانت الجهة المتلقية للتفويض من أشخاص القانون الخاص كجماعة دينية. ذلك أن السلطة التشريعية لا يجوز أن تتخلى عن موازينها التقديرية إلى جهة خاصة تتقاسمها معها. بل إن النظرة العدائية التي تحملها جهة الرقابة على الدستورية لمثل هذا التفويض، تمثل موقفاً ثابتاً لها؛ وهو ما يتحقق على الأخص من خلال تفويض منظمة خاصة في أن تتخذ تدابير لها قوة القانون تنظم بها أوضاع صناعة بعينها. ذلك أن الدساتير لا تسلط الناس بعضهم على بعض، وعلى الأخص في مجال يتنافسون فيه. وصودر تفويض من السلطة

(١) United States v. Curtiss- Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

التشريعية في هذا الاتجاه، مؤداة تظلي السلطة التشريعية عن واجباتها وامتيانها (١) ولا يجوز تمثيا مع ذلك الاتجاه أن تقاسم جمعية دينية، السلطة التشريعية في اختصاصاتها الهامة والتقديرية (٢).

٣٩٥- وفي مصر ينظم دستورنا الصادر في ١٩٧١ صورتين من صور التفويض: إحداها: هي التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. وهذه يحكمها نص المادة ١٠٨ من الدستور.

وثانيتها: تفويض خاص، لا يتقيد بالضرورة، ولا بالأحوال الاستثنائية، وإنما هو تفويض في أوضاع طبيعية، يتوخى أصلاً استكمال نظم قانونية قائمة. ومن ثم نباشر الجهة المتفوضة للتفويض سلطتها في حدود قانون، فلا تكمل إلا أحكامه.

وهذه الصورة الثانية من التفويض لها مثالان واضعان، هما المادتان ١١٩ و١١٨ من الدستور.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

### الفرع الأول

#### التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية

٣٩٦- هذه الصورة من التفويض هي التي تنص عليها المادة ١٠٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض يصدر عن

(١) A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States. 295 U.S. 495, 537 (1935).

(٢) وقد حكم بطلان التفويض الصادر لكل كنيسة والذي يخولها أن تمنع إصدار تراخيص بتداول الخمور داخل

دائرة قطرها ٥٠٠ متر من موقع الكنيسة. Larkin v. Grendel's Den Inc., 459 U.S. 116 (1982).

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية رفضت الإدعاء بعدم دستورية تفويض صادر إلى القبائل الهندية يخولها -في نطاق أقاليمها- تنظيم بيع الكحول فيها. وكان رفض هذه المحكمة للطعن على هذا التفويض، راجعاً إلى أن القبائل الهندية تجمعات منعزلة تحوز بعض مظاهر السيادة على أعضائها وأقاليمها، ولا يجوز بالتالي مساواتها بالتنظيمات الخاصة

United States v. Mazurie, 419 U.S. 544 (1975).

السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، بشرط أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات، والأسس التي تقوم عليها.

ويجب عرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولم توافق هذه السلطة عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٧- ذلك هو نص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو يخول رئيس الجمهورية دون غيره، سلطة استثنائية قيدها الدستور بشروط صارمة تحيط بها، حتى لا يباشر رئيس الجمهورية هذه السلطة انحرافا بها عن مضمونها وأهدافها؛ خاصة وأن مباشرته لهذه السلطة، لازمها -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا الأسبق من المحكمة الدستورية العليا- نقل الاختصاص التشريعي كاملا من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية في نطاق المسائل التي فوض فيها، لممارسة صلاحياتها في خصوص ما فوض فيه<sup>(١)</sup> بما في ذلك المسائل التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون<sup>(٢)</sup>.

وتقرر المحكمة العليا كذلك أن هذا التفويض لا يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابتها، وسندها في ذلك أن مباشرة رئيس الجمهورية لهذا التفويض، إنما يتم وفق الشروط والضوابط التي حددها الدستور، وإلا كان مخالفا لأحكامه<sup>(٣)</sup> فضلا عن أن هذا التفويض، لا يفيد إعفاء رئيس الجمهورية من الخضوع للقانون<sup>(٤)</sup>.

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١ لسنة ٢ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من نوفمبر ١٩٧٣- قاعدة رقم ١٣ ص ١٢٢ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية عن المحكمة العليا- ١٩٧٦-١٩٧٠.

(٢) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من أبريل ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٩ ص ٤٥٧ من المرجع السابق.

(٣) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٥ أبريل ١٩٧٥- قاعدة رقم ٢٦ ص ٢٥٩-٢٦٠ من المرجع السابق.

(٤) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٦ مارس ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٢ ص ٣٥١ من المرجع السابق.

٣٩٨- ونص المادة ١٠٨ من دستور القائم يفترض أولاً: أن يصدر التفويض لرئيس الجمهورية؛ وثانياً: أن يكون هذا التفويض واقعاً عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية؛ وثالثاً: أن تكون المسائل التي يتعلق التفويض بها، محددة في موضوعها، وفي الأسس التي تقوم عليها؛ ورابعاً: أن يكون لهذا التفويض مجال زمني لا يتعداه؛ وخامساً: أن يعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، ما اتخذ من تدابير وفق قانون التفويض وذلك بمجرد انتهاء مدة التفويض، وفي أول جلسة لها، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٩- تلك هي الخطوط الإجمالية للتفويض المخول لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٠٨ من الدستور.

#### ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

أولاً: أنها تشترط لجواز التفويض المقرر بها، أن يصدر لرئيس الجمهورية، ولا يجوز بالتالي أن يعهد به لغيره من أعضاء السلطة التنفيذية أو أجهزتها.

ثانياً: أن هذا التفويض مقيد بالضرورة وبالأحوال الاستثنائية. ولا تدل الأعمال التحضيرية للدستور، ولا أية وثيقة فارقتها أو تقدمتها، على المقصود بكل من الضرورة وبالأحوال الاستثنائية. وهما واقعتان ماديتان يفترض أنهما لا تختلفان، وإن تعدت ضبط الفواصل بينهما بما يحجزهما عن بعض.

ولا يتصور بالتالي إلا أن الدستور أراد تجسيم الأوضاع الظرفية التي يصدر التفويض بمناسبتها. ذلك أن الضرورة تنسم دائماً بأمرين: أولهما: إحدائق المخاطر التي تقارنها، ثانيهما: أنها حالة عارضة تنافي الأصل في الأشياء. وهي بذلك استثنائية في خصائصها وطرونها. ومن ثم تندرج تحتها كافة الأحوال الاستثنائية التي تحمل معها هذا النوع من المخاطر. بما مؤده أن ما قصد الدستور إلى ضمانه من خلال شرطى الضرورة والأحوال الاستثنائية هو أن يرتبط التفويض بأكثر أشكال الضرورة عمقا، وخطرا، وحدة، فلا تكون الضرورة التي قصدها الدستور بنص المادة ١٠٨، غير الضرورة الاستثنائية التي تحيط بأوضاع بدوأتها، يتوخى التفويض مواجهتها أو التحوط لدرئها، وأنها تستغرق بالتالي كافة الأحوال الاستثنائية التي هي من جنسها، فلا تكون هذه وصفا مضافا إلى الضرورة مستقلا عنها، بل مندرج تحتها ومشمولا بها.

وما نراه أن ما توخاه الدستور من تعليق جواز التفويض على توافر الضرورة والأحوال الاستثنائية، أن هذين الوصفين -حتى وإن قيل بتدخلهما- إلا أنهما يعبران عن اتجاه قصـد الدستور إلى توكيده، هو ألا تنزل السلطة التشريعية عن بعض مظاهر ولايتها إلى رئيس الجمهورية، إلا إذا حملتها على هذا التفويض أوضاع استثنائية من طبيعة قاهرة Exceptional situations of compelling nature تنسم بحدتها وبعدم ثباتها، وتعدر التنبؤ سلفا -بالتالي- بأحوالها وظروفها ومتغيراتها، مما يقتضى مواجهة صورها المختلفة بتدابير تلائمها لها من مرونتها وفاعليتها ما يكفل رد المخاطر التي تقارنها أو على الأقل التقليل من شدتها.

وبالتالي لا تتخلى السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية عن بعض مظاهر ولايتها حتى ترن هذه الأوضاع القاهرة في حدتها، والمتغيرة في أشكالها، بما يناسبها. فلا تكون الضرورة والأحوال الاستثنائية بالتالي غير وصفين لسلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية في أدق الأوضاع، وأكثرها خطرا في نوعها، ودرجة إحداها.

ثالثا: أن التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور، يجوز أن يتناول كافة المسائل التي تدخل أصلا في اختصاص السلطة التشريعية، عدا تلك التي نص الدستور على أن تستقل هذه السلطة بنفسها باتخاذ قرار فيها، بالنظر إلى أهميتها واتصالها المباشر بمصالح مواطنيها، أو بالسياسة التي اخطتها لنفسها في تحقيق هذه المصالح وضمانها. ويبطل التفويض بالتالي إذا تعلق بأكثر مهام السلطة التشريعية خطرا وأشدها أهمية، كاتصال التفويض بتنظيم الجوانب الأساسية لحقوق المواطنين وحياتهم.

وليس كافيا بالتالي ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من ضرورة أن تعين السلطة التشريعية موضوع التفويض، ذلك أن كل تفويض ينحل إلى سلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية فيما ينبغي أن تتولاها السلطة التشريعية أصلا من مهامها، وما لا يجوز لها التفریط فيه من جوانب مسؤولياتها، يكون مجاوزا ضوابط الدستور.

رابعا: أن لكل تفويض مدة لا يجوز أن يجاوزها. وهي لا تكون كذلك بناء على مجرد تحديد المشرع للواقعة التي يبدأ منها جريانها، وتلك التي تروى بتحققها، ذلك أن مدة التفويض الجائزة وفقا للدستور، إنما تتحدد بقدر الضرورة الاستثنائية التي صدر التفويض لمواجهة، ليزول التفويض بزوال هذه الضرورة. كذلك لا يجوز أن تتداخل مدد التفويض -حتى مع قصور

كل منها- لتتحول فى مجموعها إلى مدد تتصل حلقاتها ويستطيل زمنها. وهو ما يتحقق من خلال موافقة السلطة التشريعية على قانون تفويض جديد يتناول المسائل عينها قبل انتهاء مدة التفويض الأول بأيام، أو فى اليوم التالى مباشرة لانتهاء مدة التفويض الأول.

ذلك أن تداخل مدد التفويض مع بعضها، أو تعاقبها فى الزمان، مؤداه أن ينبسط زمن التفويض إلى غير حد، وأن يترأخى بالتالى عرض التدابير التى اتخذها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية. ويتمين أن يعامل هذا التفويض بالتالى باعتباره غير معين المدة، وباطلا.

خامساً: أن التزام رئيس الجمهورية بأن يعرض على السلطة التشريعية فور انتهاء مدة التفويض، التدابير التى اتخذها أثناءه، يفترض أن تنير هذه السلطة حواراً حقيقياً حول طبيعة هذه التدابير، وضرورتها، ونطاقها، ومناسبتها للأوضاع الاستثنائية الملحة التى واجهتها.

ذلك أن تحويل رئيس الجمهورية الاختصاص بالتفويض وفقاً لنص المادة ١٠٨ من الدستور لا يجوز أن ينحل إلى سلطة مطلقة يباشرها دون قيد. وإنما تتحدد مشروعية التدابير التى اتخذها، على ضوء الأوضاع التى لا يستها، وبقدر حدتها، وإلا صار التدبير مجرداً من سببه، وباطلاً.

سادساً: أن الأسس التى يقوم عليها تنظيم الموضوع محل التفويض، ينبغي أن تكون قاطعة فى وضوحها. ذلك أن هذه الأسس هى المعايير التى تلزمها السلطة المتلقية للتفويض فيما تفعل. فإذا خلا قانون التفويض منها، أو جهل المشرع بها، بطل التفويض. ذلك أن انتفاء هذه المعايير أو غموضها، مضى إلى إطلاق سلطة التفويض، فلا تحكمها ضوابط توجهها وتقيدها.

سابعاً: أن التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً للتفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، لها قوة القانون، وقوتها هذه تخول رئيس الجمهورية أن يعدل قوانين قائمة، وأن يلغىها، وأن ينظم كل الحقوق التى يشملها موضوع التفويض أياً كان نوعها.

وشرط ذلك ألا ينقض تنظيمه لهذه الحقوق أية ضمانات كفلها الدستور لها، أو ينقصها من أطرافها.



ذلك أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لهذه المادة -ولو تطلبها-، رضاء استثنائية- لا يجوز أن تخل بنصوص الدستور. وإنما تكون هذه النصوص قيدا عليها. فذلك وحده هو الضمان لخضوع هذه التدابير للقانون، والدستور في مدارحه الأعلى.

ثامنا: حدد الدستور حالتين تزول فيهما قوة القانون التي كانت للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٠٨ المشار إليها هما: إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا عرضها على هذه السلطة ولكنها لم تقرها.

وبلاحظ في هذا الشأن، أن نص المادة ١٠٨ من الدستور لم ينص على زوال قوة القانون التي كانت لهذه التدابير بأثر رجعي يرد إلى لحظة اتخاذها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا قد عرضها عليها ولكنها لم تقرها. بيد أن قوة القانون التي كانت لهذه التدابير لا تزول عنها -في إحدى هاتين الحالتين- بأثر رجعي. وذلك خلافا لنص المادة ١٤٧ من الدستور التي تتعلق بلوائح الضرورة والتي تؤول الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرد إلى لحظة إصدارها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولكنها لم تقرها، وذلك ما لم تقرر السلطة التشريعية اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية الآثار المترتبة عليها بوجه آخر.

وهذه المغايرة في الحكم بين كل من نص المادة ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، غير مفهومة. ذلك أن صدور قانون التفويض عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، يفترض نقيدها بالشروط التي فرضتها المادة ١٠٨ من الدستور لجوازه. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية التدابير التي اتخذها إعمالا لقانون التفويض، أبان ذلك ضمنا عن مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. ويفترض بالتالي أن رئيس الجمهورية تستر وراء عدم عرضها حتى لا يكشفها ومن ثم كُن يتعين أن تزول هذه التدابير بأثر رجعي، هي وقانون التفويض، إذا كان قد أقر بالمخالفة للدستور. كذلك فإن عدم إقرار السلطة التشريعية للتدابير التي أمر بها أو قررها رئيس الجمهورية وفقا لقانون التفويض، موداه مجاوزة رئيس الجمهورية حدود التفويض -وبافتراض صحة القانون الصادر به- ليسم البطلان هذه التدابير منذ العمل بها. ولكن نص المادة ١٠٨ من الدستور أثر أن يتخذ موقفا مختلفا، فلم يبطل بأثر رجعي قوة القانون التي كانت لهذه التدابير، ولم يخول السلطة

التشريعية حتى اعتماد أثرها في الفترة السابقة على عرضها عليها، أو تسوية الآثار التي رتبتهـا على نحو آخر.

وفي ذلك إغراء للرئيس بأن يتخذ تدابير مخالفة للدستور ولقانون التفويض، وأن تظل لـها قوتها كقانون طول الفترة السابقة على عدم عرضها على السلطة التشريعية، أو على رفضها لها. وأيا كان الأمر فإن بقاء قوة القانون لتلك التدابير في الفترة السابقة المشار إليها، لا يطهرها من عوار مخالفتها للدستور، ولا يدخلها في زمرة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بنفسها وفق نص المادة ٨٦ من الدستور.

٤٠٠- وينبغي أن يلاحظ في شأن نص المادة ١٠٨ من الدستور:

أولاً: أن تحديد قانون التفويض للمسائل المفوض فيها، يفترض امتناع التجهيل بها وكذلك حظر كل تجديد لها يخل بوحدة موضوعها.

ثانياً: أن لكل تفويض شروطاً شكلية تمثل الحدود الخارجية للتفويض وشروطاً موضوعية تبلور حدوده الداخلية. وتتحدد الشروط الشكلية للتفويض في أن يصدر عن السلطة التشريعية بقانون يقره ثلثا أعضائها. وأن يعرض رئيس الجمهورية عليها -و بمجرد انتهاء مدة التفويض- التدابير التي كان قد اتخذها أثناءه.

ولا كذلك شروطه الموضوعية التي تتعلق بالضرورة الاستثنائية التي تبرره، وب نطاق المسائل التي يتناولها وأسس تنظيمها، والأجال التي يباشر رئيس الجمهورية خلالها السلطة التي فوض فيها.

ثالثاً: أن الرقابة التي تباشرها السلطة التشريعية بعد انتهاء مدة التفويض على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية تنفيذاً لأحكامه، هي رقابة ملائمة محلها انسجام هذه التدابير مع الأوضاع التي واجهتها بما يدل على تناسبها معها. وهي كذلك رقابة موضوعية غايتها التحقق من موافقة التدابير أو مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. وهي في صورتها هاتين، رقابة سياسية لاحقة محلها التدابير بعد العمل بها وتطبيقها.

رابعاً: أن مدة التفويض تمثل أخطر عناصره في مجال التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية. ذلك أن انقراط هذه المدة وفرطتها، مؤداه لتساعها وأن يستطيل زمن سريان هذه التدابير الاستثنائية في طبيعتها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>. فإذا جهل قانون التفويض بالمدة التي يباشر خلالها، أو حدها على نحو من يحتمل أكثر من تأويل، دل ذلك على إخلال السلطة التشريعية بواجباتها، من خلال نقلها - بصورة لا اعتدال فيها - جانباً من ولايتها إلى رئيس الجمهورية<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن قانون التفويض يخول رئيس الجمهورية أن يباشر سلطة استثنائية لا تدخل أصلاً في ولاية السلطة التنفيذية. ويتعين بالتالي أن يمارسها في الحدود الضيقة التي حدد الدستور ملامحها، وأن يتوخى أكبر قدر من الحذر في التدابير التي يتخذها بالنظر إلى خروجها على أصل انفراد السلطة التشريعية بها. ذلك أن الدستور حدد لكل سلطة وظائفها الأصلية، وما تباشره من أعمال لا تندرج تحتها أو تدخل في إطارها. وإنما تعد استثناء على أصل تعلق نشاطها بالشئون التي توافق طبيعة وظائفها. وقد حصر الدستور الأعمال الاستثنائية التي تخرج بها كل سلطة عن

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ٤ قضائية "دستورية عليا" جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٠٧ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية. ويلاحظ أن هذه المحكمة كان قد طعن أمامها بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ التي تفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وصلاحها وتأمين كل إمكاناتها البشرية والمادية ودعم الجهود الحربية والاقتصاد الوطني، وبصفة عامة في كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية. وقد اعتبرت المحكمة أن لكل تفويض ميعادا معلوما لا يقاس بالضرورة بوجبات قياس الزمن العادية كالشهر والسنة، وإنما يجوز أن تتحدد مدة التفويض على ضوء معيار عام كإنهاء المعركة بين مصر وإسرائيل. وما قررنه المحكمة العليا على النحو المتقدم معين. ذلك أن المقصود بمدة التفويض، هو أن ينحصر في أجل زمنية لا تستطيل مدتها حتى لا يحل رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في المسائل التي فرضته فيها لأجل لا يبدو لها من نهاية في المنظور القريب.

(٢) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤٢٩ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة لائحة المحكمة الدستورية العليا

النطاق الطبيعي لوظيفتها. وعليها بالتالى أن تلتزم حدودها الضيقة، وإلا صار نشاطها فيما تجاوز فيه حدود وظيفتها الأصلية، مخالفا للدستور<sup>(١)</sup>.

ساسا: إذ تقر السلطة التشريعية قانون التفويض، فإن عليها أن تبين الخطوط العريضة التى انطلق التفويض منها، والأغراض النهائية التى قصدها من التفويض فى إطار السياسة التى تتوخى تنفيذها من خلاله.

ذلك أن هذا التحديد -بعناصره المختلفة- يقدم لرئيس الجمهورية عونا كافيا يبصر به حقيقة المهام التى كلفه التفويض بتنفيذها.

سابعا: لا يعتبر رئيس الجمهورية فى تنفيذ لقانون التفويض نائبا عن السلطة التشريعية، ولا يحل محلها فيما يتخذ من التدابير تطبيقا لأحكامه.

ثامنا: الأصل فى التفويض بالأختصاص، أن يكون مباشر الأثر. بما مؤداه حظر سريان التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لأحكامه بأثر رجعى يرد إلى لحظة سابقة على الأمر بها، بالنظر إلى القيود التى تفرضها هذه التدابير على الحرية والملكية.

### الفرع الثانى

#### التفويض فى غير الضرورة الاستثنائية

٤٠١- فضلا عن التفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو نص عام فى مجال التفويض مقيد بالضرورة الاستثنائية، ولا يتلقى للتفويض طبقا لأحكامه غير رئيس الجمهورية، ولا يصدر قانون التفويض وفقا لنص هذه المادة إذا لم تقره السلطة التشريعية بأغلبية ثلثى أعضائها؛ فإن نص المادتين ٦٦ والفقرة ٢/١١٩ من الدستور، يدخلان فى صور التفويض الخاص التى لا تنقيد بشروط التفويض المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٥-ص ٣٣٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها. أنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٣- ص ٤٢٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة لدستورية العليا.

ذلك أن هذا التفويض الخاص يتم بخصائص محددة هي:

١. أن هذا التفويض الخاص يجوز أن يصدر لرئيس الجمهورية أو لغيره من أعضاء أو أجهزة السلطة التنفيذية.

٢. أن هذا التفويض الخاص لا يصدر عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، وإنما بالأغلبية المطلقة للحاضرين منهم.

٣. أن السلطة التشريعية لا تتخلى به عن المسائل التي تناولها التفويض، ولكنها تنظم بعض جوانبها على أن تعهد بباقيها للسلطة التي تتلقى التفويض منها وفيما يلي بيان لحكم المادة ٦٦ والمادة ١١٩/٢ من الدستور.

#### أولاً:

##### نص المادة ٦٦ من الدستور

٤٠٢- الأصل أن تتولى السلطة التشريعية، ويقانون نقره وفقاً للدستور، تحديد كافة الجرائم وبيان عقوباتها. بيد أن نص المادة ٦٦ من الدستور خولها أن نقر قانوناً متضمناً أمرين:

أولهما: بيان الخطوط الرئيسية للتجريم في أحوال بذاتها.

وثانيهما: تفويض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانب هذا القانون.

ولا مخالفة في ذلك للدستور. ذلك أن السلطة التنفيذية لا تبادر من تلقاء نفسها بتحديد بعض ملامح التجريم كمجال محجوز لها، ولكنها تعمل من خلال التفويض في حدود قانون قائم، بما يجعل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ودائراً في إطار قانون صادر عنها<sup>(١)</sup>.

وإذ تباشر السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عملاً بنص المادة ٦٦ من الدستور التي تؤكد ما جرى به العمل من تكليفها بتحديد بعض ملامح الجرائم وعقوباتها في الحدود التي بينها القانون،

(١) للقضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-القاعدة رقم ٤٧-ص ٧١٢ من الجزء

واستهدافا للصالح العام، فإن ما تصدره السلطة التنفيذية من القواعد القانونية في مجال تطبيق نص المادة ٦٦ المشار إليها، لا يعتبر من صور التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور القائم، ولا من قبيل اللوائح التنفيذية التي نظمها المادة ١٤٤ من هذا الدستور<sup>(١)</sup>.

### ثانياً:

#### الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور

٤٠٣- كذلك فإن الضريبة العامة وإن كان لا يجوز فرضها إلا بقانون عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١١٩ من الدستور، فإن فقرتها الثانية تنص على أن غير الضريبة من الأعباء المالية، يجوز فرضها في حدود القانون.

ويتعين بالتالي أن تعامل الفقرة الثانية المشار إليها كنص خاص في مجال تطبيقها، لا تنقيد بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، ولكنها تخول السلطة المنقولة للتفويض -ولو لم تكن هي رئيس الجمهورية- حق فرض كافة الأعباء المالية -التي ليس لها خصائص الضريبة العامة- على ضوء الشروط والأوضاع التي تنصل التفويض بها وفق القانون الذي حددها. شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ المشار إليها في ذلك، شأن التفويض المقرر بنص المادة ٦٦ من الدستور؛ كلاهما نص خاص أوردته الدستور، متضمناً تقييد العام، فلا يكون دليلاً إلا في إطاره<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً:

#### الضابط العام لكل من المادتين ٦٦ و ١١٩/٢ من الدستور

٤٠٤- وإذ تنقيد السلطة التنفيذية نوماً في مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعي للقواعد القانونية جميعها -سواء في ذلك ما تفره

(١) 'تسوية عليا' القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية 'تسوية' -جلسة ٧ من فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٨٦- ص ١١٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) Bowen. Secretary of Health and Human Services v. Georgetown University Hospital. Decided december 12, 1988.

السلطة التشريعية منها أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط للعلاق القانونية، وما يلابسها خفي الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق واستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يدخل السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيها دون سند من نصوص التفويض ذاتها، فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعي لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يدخلها بالنصوص التي تضمنها- هذا الاختصاص.

A statutory grant of legislative rulemaking authority will not, as a general matter, be understood to encompass the power to promulgate retroactive rules unless that power is conveyed by legislator in express terms.

### الفصل الرابع والعشرون

#### شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٤٠٥- وإذا كان إسناد المسائل الدستورية إلى جهة قضائية للفصل فيها، من الأمور بالغية الأهمية في التطور الديموقراطي لنظم الحكم في الدولة؛ فإن تحديد نطاق المسائل الدستورية التي يدخل الفصل فيها في ولاية هذه الجهة، لا يقل أهمية. ذلك أن كثيرين يتوثنون لمعارضة الدولة في سيادتها، ويسعون لمواجهتها على أسس دستورية، في كل قرار أو قانون يصدر عنها. ويتعين بالتالي أن تصوغ جهة الرقابة على الشرعية الدستورية القواعد التي تحدد على ضوءها الأشخاص الذين يحق لهم التذاعى أمامها، وبمراعاة أن موقعها من تطبيق هذه القواعد، قد يؤثرون بتطويرها للشرعية الدستورية، أو يدل على الانتكاس بها. ذلك أن الإخراط في تقرير الصور التي تستتبع فيها الخصومة الدستورية من ولايتها، يقبض يدها عن كثير من حالاتها. كذلك، فإن إسرافها في تقرير أحوال قبولها قد يبسط رقابتها إلى حدود بعيدة، وكان منطقياً بالتسالي أن توازن الجهة القضائية بين ما ينجم من مضار عن إنكار حق المدعى في الحصول على ترصينة قضائية يستحقها<sup>(١)</sup>، في إطار الخصومة الدستورية التي تختلط ملامحها المياسية بعناصرها القانونية؛ وبين الأضرار التي تنجم عن ضمانها لهذه الترضية في غير موجباتها، لتحل الخصومة الدستورية في كثير من تطبيقاتها -بغير نص في القانون- إلى دعوى أصلية بعدم الدستورية.

ولئن جاز القول بأن الرقابة التي تباشرها الجهة القضائية فصلاً في دستورية النصوص القانونية، حذرة بطبيعتها، وأن اعتدال حدودها، يقتضيها الامتناع عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها؛ إلا أن القضاء المقارن أقام من خلال هذه القاعدة الكلية، جدراً فصل به بين المسائل الدستورية التي يجوز لجهة الرقابة بحثها، وتلك التي لا يجوز لها أن تخوض فيها. فلم يخول هذه الجهة أن تفصل في مسائل سياسية لا خصومة دستورية سم رفعها إليها قبل الألوان، صار الفصل فيها مجرداً من كل فائدة عملية، وكذلك إذا كان أطرافها قد لفقوها بالتدابير والتواطؤ فيما بينهم لتأخذ في ظاهرها وعلى خلاف حقيقتها شكل خصومة حقيقية احتدم النزاع فيما بين أطرافها حال أنها خصومة وهمية اصطنعوها.

(١) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 509 [1961].



والحق أن الخصومة في هذه القروض جميعها يحيط بها أصل عام مؤداه انتفاء ضرورة الفصل في المسائل الدستورية المثارة فيها، فلا يكون لهذه الخصومة من ساق يقيمها، وهو ما يتحقق كذلك إذا لم يعد ماثلاً في هذه الخصومة غير خصم واحد<sup>(١)</sup>.

---

(١) لو أن شخصاً قضى ببراءته من التهمة الجنائية الموجهة إليه، فإن الحكم البات ببراءته يكون قد أخرجته من الدعوى الجنائية، فلا تجوز إعادة محاكمته من جديد، ولو للفصل في مسائل قانونية. ذلك أن الدعوى الجنائية لن يكون ماثلاً فيها غير طرف واحد، هو النيابة العامة. ولن يكون رأى المحكمة في هذه المسائل القانونية غير رأى استثنائي.

### المبحث الأول

#### خصائص الخصومة الدستورية

٤٠٦- لا يفصل قضاء الشرعية الدستورية، في غير خصومة يقيمها المدعى وفقا للأوضاع المقررة قانونا. ذلك أن مراجعتهم للنصوص القانونية المطعون عليها لتقرير صحتها أو بطلانها، ليس عملا منفصلا عن الوظيفة القضائية، وإنما يدخل في صميم بنائها. ولئن كانت الوظيفة القضائية سلبية بطبيعتها؛ فإن ما يستهضها ليس مطلق الخصومة القضائية. وإنما هي الخصومة التي يكون عنصر النزاع مائلا فيها، بما يؤكد تضاد مصالح أطرافها، وتناقضها بصورة حقيقية لا تخيلية (Speculative).

وإفراغ هذه المصالح -التي يتجانسها أطرافها- في شكل الخصومة القضائية التسي يتساافر الخصماء فيها وفي موقفهم من الحقوق التي يطالبونها، مؤداه أنهم خصماء حقيقيون يتطاحنون من أجل إثباتها ونفيها، ويتناحرون في الدعائم التي يساند بها كل فريق وجهة النظر التي يقول بها<sup>(١)</sup>.

فلا يظهر هؤلاء وهؤلاء في الخصومة الدستورية، إلا غرماء تتضاد مصالحهم Adverse litigants، وتتفرق توجهاتهم، خاصة في المسائل الدستورية التي لا تفصل جهة الرقابة على الدستورية فيها من منظور علوها على السلطتين التشريعية والتقنيّة؛ ولا من منطلق حق في الاعتراض A veto power مخول لها على مطلق تصرفاتهما؛ ولا بافتراض أنهما مسئولتان أمامها عن أفعالهما، وأنها تقتضيهما حسابا عنها. وإنما تقام الخصومة الدستورية أمامها فصلا في الحقوق التي يقال بأن النصوص القانونية المطعون عليها قد أهدرتها بالمخالفة للدستور.

فلا تكون الخصومة القضائية إلا طريقا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها، ومن خلال تنازع المصالح التي تتعلق هذه المسائل بها.

(١) شرط تنازع المصالح وتخالفها في الخصومة الدستورية، من الشروط المسل بها في القضاء المقارن.

أنظر في ذلك:

Smith v.indiana, 191 U.S. 130 (1903); Braxton County Court v. West Virginia, 208 U.S. 192 (1908); United States v. Johnson, 319 U.S. 302 (1943); Lonpass v. Bell, 180 U.S. 276 (1901).

ولا يجوز بالتالى أن تتجرد الخصومة الدستورية من عنصر النزاع؛ ولا أن يكون الفصل فيها قد صار عقيماً؛ ولا أن يكون النزاع مختلفاً مدبراً؛ ولا أن تكون حلقاته لم تكتسب؛ ولا أن تتأبى المسائل التى يثيرها نزاع قائم مكتمل العناصر، على الفصل قضائياً فيها.

فكلما قام الدليل على أن دور المدعى فى الخصومة الدستورية التى رفعها، كان ضئيلاً<sup>(١)</sup>؛ أو كان قد تورم واقعاتها؛ أو صورها على غير حقيقتها؛ أو كان قد جهل بالمسائل الدستورية موضوعها؛ أو كان من غير المتصور أن تتعلق بها ترضية قضائية أيا كان نوعها أو نطاقها؛ فإن الخصومة الدستورية فى هذه الفروض جميعها، لا تتوالى أركانها.

ولا كذلك أن يكون أحد أطرافها - قد تعمد بعد استيفائها لشرائطها المقررة قانوناً - أن يطيل أمد النزاع؛ أو أن يكون قد بادر من جهته إلى اتخاذ الخطوة الأولى التى تستتبع الفصل فى المسائل الدستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Johnson 319 U.S. 302 (1943).

(٢) Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202, 204 (1958).

وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن طالباً زنجياً كان مهبطاً بالقبض عليه لو أنه جلس فى المكان المخصص للبيض فى إحدى الحافلات. غير أنه قبل مخاطرة القبض عليه، واتخذ متحجياً - مكاناً فى مقاعد البيض فى الحافلة، ليثير الخصومة الدستورية ويحركها.

### المبحث الثاني

#### الخصومة المختلفة بالتكبير والتواطؤ Friendly or Collusive Suits

٤٠٧- والخصومة التي تعيننا في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، هي الخصومة الحقيقية التي لا يصطنعها أطرافها، ختالا بقصد الإيهام بوجود نزاع غير قائم فعلا. فلا يكون موقفهم منها غير تلقى لها Feigned cases؛ بقصد الفصل في مسائل تعنيهم<sup>(١)</sup> أو لإظهار سخطهم على المشرع لإقراره قانونا لا يرحبون به ولم يجز تطبيقه عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية لا تتصل قانونا إلا بخصومة حقيقية دافقة وحيوية A real, earnest and vital، تبلور حدة التنازع في الحقوق المدعى بها Antagonistic assertion of rights.

٤٠٨- ولا شأن لها بالتالي بمسائل جدلية يكون الفصل فيها قائما على التظير والتأصيل؛ ولا بمناجزة السلطة التشريعية ولايتها لإنكارها بعض الحقوق الفردية التي ليس لهم بها من شأن. ذلك أن مناط اختصاص جهة الرقابة على الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية، هو أن يحركها عنوان على الحقوق التي كفلها الدستور لأصحابها يحملهم على التداعي لطلبها في صورة جازمة، ومن خلال التطلع عليها مع السلطة التي جندتها، وعن طريق الترضية القضائية التي يردون بها هذا العدوان، فلا تتوافق مصالح من يطلبونها ومن يعارضونها، ولا يكون تزواجهما ممكنا.

وتلك هي الخصومة القضائية التي ينافيها أن يكون النزاع فيها منبرا بين أطرافها، ناجما عن تلاقيهم على الإيهام بوجوده، فلا يكون نزاعهم حول المسائل التي يطلبون الفصل فيها حقيقيا، بل منتحلا، لتظهر الخصومة القضائية في صورة وهمية مجافية لحقيقتها، بما يعطيها غير ثوبها، ويجعلها -في واقعها- محض خصومة تحكمها المودة بين أطرافها A Friendly Suit لا يجوز قبولها<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> Lord v. veasie, 8 How (49 U.S.) 1850.

<sup>(٢)</sup> وليس بشرط لوصف الخصومة بأنها غير ودية، أن يكون العدا الشديد قد استعكم بين أطرافها. Animosity إذ يكفي أن تتناقض مصالحهم وتتصامم في شأن الخصومة الدستورية المرفوعة.

٤٠٩- والحق أن شرط احتدام التنازع بين المصالح في الخصومة الدستورية، يتصل بتوافر المصلحة في اقتضاها. ولا يتحقق ذلك ما لم يكن لأطرافها مصلحة شخصية في محصلتها النهائية التي تمثل الفائدة العملية التي يتوقعون اجتئاءها منها، وهي فائدة لا شأن لها بطبيعية المسائل الدستورية المثارة فيها<sup>(١)</sup>. يؤيد ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تتولى غير رقابة محدودة على السلطتين التشريعية والتنفيذية. وليس لها بالتالي أن تطلق العنان لولايتها بأن تفصل في خصومة دستورية في غير ضرورة، وإلا كان ذلك إخلالاً بمبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين. ومن ثم كان شرط المصلحة الشخصية محركاً للخصومة الدستورية، ودالاً على توافر شرائط الفصل فيها<sup>(٢)</sup> بل إن اقتضاء هذا الشرط يمثل جوهر الرقابة على الدستورية باعتبار أن التحوط من القيود علوها<sup>(٣)</sup> Prudential Restraints وإن تعين القول بأن تطبيق جهة الرقابة لهذا الشرط، يتردد بين التطبيق والاتساع.

(١) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(٢) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 750 (1984).

(٣) E.G., valley Forge Cristian College v. Americans United, 454 U.S. 464 (1982).

### المبحث الثالث

#### الخصومة العقيمة Moot Cases

٤١٠- الأصل أن تتوفر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الخصومة الدستورية ليس فقط وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل هذه المصلحة قائمة حتى الفصل فيها<sup>(١)</sup> ذلك أن الخصومة الدستورية التي يجوز قبولها هي للخصومة القائمة والمستمرة Actual and ongoing case والتي يؤثر الفصل فيها في الخصومة التي يدعي أطرافها. فلا تكون هذه الخصومة غير خصومة حقيقية تتعلق بمصالح جوهرية لا يفض الخلاف حولها إلا بإزالة حكم الدستور عليها. وهي بذلك لا تتناول واقعة فرضية. ولا بذلك يكفي بالتالي لقبول الخصومة الدستورية، أن يكون موضوعها حياً وقت رفعها. بل يتعين لجواز نظرها أن يظل هذا الموضوع متوهجاً حتى الفصل فيها. فإذا خبا وانطفأ في مرحلة من مراحلها بعد أن كان ملتهباً A live، دل ذلك على أن تغييراً طرأ على واقعها أو على حكم القانون بشأنها<sup>(٢)</sup>، وأن من شأن هذا التغيير ألا تبقى لرافعها مصلحة في اجتهاد الفائدة العملية التي كان يتوقعها منها، لتصير الخصومة منقضية بعد زوال عنصر النزاع منها<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يفترض انقضاء الخصومة الدستورية في هذه الصورة، أن يصير الفصل فيها عقيماً غير منتج بالنظر إلى طروء أحداث عليها كان من أثر نتائجها من الناحية الزمنية؛ تجريدها من كل فائدة.

فالنزول عن حق الطعن في الحكم بعد نشوء هذا الحق، مجرد خصومة الطعن من موضوعها فلا يبقى بعد هذا النزول شيء للفصل فيه.

والتصالح في شأن الحقوق المتنازع عليها بعد طلبها من خلال الخصومة القضائية، يعتبر منهيها لها، وحائلاً دون اقتضاها عن طريقها.

(١) E.g. Untied states v. Munsingwear, 340 U.S. (1950); Groldeen v. Zwickler, 394 U.S. 103 (1969).

(٢) Hall v. Beals, 369 U.S. 45 (1969); Sanks v. Georgia, 401, U.S. 44 (1971).

(٣) Lewis v. Continental Bank Corp., 494 U.S. 472 (1990).

بما مؤداه أن الصورة التي تكون عليها الخصومة عند الفصل فيها هي التي تحدد مصيرها انتهاء؛ ولا يكفي بالتالي أن تتوافر المصلحة الشخصية والمباشرة في المدعى في الخصومة الدستورية وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل كذلك حتى الفصل فيها<sup>(١)</sup>.

فإذا علق المشرع مباشرة المواطنين لحق الاقتراع في الدائرة الانتخابية التي يقيمون فيها، على شرط إقامتهم بها المدة التي عينها. وكان شرط المدة متوافراً في بعضهم ومتخلفاً في آخرين منهم. فإن خفض المشرع لهذه المدة بما يكفل توافرها في هذه الدائرة لأفراد هيئة الناخبين جميعهم، يعتبر منهياً لهذه الخصومة.

فإذا أصرت جهة الرقابة القضائية على مواءمة الفصل فيها، فإن ما يصدر عنها لا يعتبر حكماً في خصومة؛ بل رأياً استشارياً يتناولها من منظور مجرد، ولا يكتل غير مصلحة نظرية بيلورها مجرد بيان حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي أثارها هذه الخصومة. وهو ما ينافي حقيقة أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها، هي تلك التي يظل النزاع فيها قائماً ملتبهاً، ومتصلاً بين أطرافها<sup>(٢)</sup>.

An actual ongoing dispute between the parties.

٤١١- بيد أن القاعدة التي تقضى بوجود أن تبقى الخصومة الدستورية حية حتى وقت الفصل فيها، لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن القضاء أجاز الخروج عليها فسي أحوال استثنائية وهي:

أولاً: أن الفصل في الخصومة الدستورية لا يعتبر عقياً، إذا كان ثمة أساس معقول للقول بأن الأضرار التي رتبها النصوص المطعون عليها، قد تعود بعد انقطاعها، ليتعرض ثانية لهما المدعى في هذه الخصومة بما يؤكد رجحان تكرارها Capable of repetition؛ وبشرط أن تكون هذه الأضرار قصيرة مدتها إلى حد كبير، بحيث يستحيل الفصل نهائياً في الخصومة الدستورية قبل زوالها أو انقطاعها.

(١) Aetna life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

(٢) Kremen v. Bartley, 431 U.S. 119. 128 (1977); See also, Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911); DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974); Honig v. Doe, 484 U.S. 305, 332 - 333 (1988).

If the challenged action was in its duration too short to be fully litigated prior to its cessation or expiration and if there was a reasonable expectation that the complaining party would be subjected to the same action again

فالمرأة التي تطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تمنعها من إجهاض نفسها، يفترض أن تكون حاملا عند رفعها لدعواها الدستورية . فإذا قيل بأن الحكم في دعواها هذه قد صار عقيما بعد ولادتها لطفلها قبل الفصل فيها، لكان ذلك إنكارا لحقيقة أن مدة الحمل لا تستطيل حتى الفصل نهائيا في دستورية النصوص القانونية المانعة من الإجهاض . فضلا عن أن احتمال حملها من جديد قائم دوما، فلا يعتبر حق المرأة في الإجهاض منقضا بولادة طفلها -حيا أو ميتا- إذ هو من الحقوق المتجددة في كل مرة يتم إخصابها فيها.

والقول بغير ذلك مؤداه أن ترتبص حملا جديدا حتى تقبل دعواها الدستورية الثانية، التي لن يكون حظها بالنسبة إليها أوفر من حظها في دعواها الأولى، لأن حملها لابد أن ينتهي بولادة طفلها قبل الفصل في دعواها الثانية، فلا تتوافر لديها أية وسيلة ملائمة تصون من خلالها ما تراه من حق لها في إجهاض نفسها، لتدور المرأة الحامل في حلقة لا نهاية لها. ولا مخرج منها إلا إذا نظرنا إلى المرأة باعتبارها مهياة بطبيعتها لأن تحمل كلما جامعها رجل؛ وأن حملها بالتالي متجدد بالضرورة، لتقوم مصلحتها في الخصومة الدستورية بحملها الأول وحده، ولو صار هذا الحمل منتهيا. ذلك أن مضار النصوص القانونية التي حرمتها من حق الإجهاض، تظل باقية على تقدير أن مجرد احتمال وقوع حمل جديد، وتكراره بالتالي، يرد للخصومة الدستورية أنفاسها، ويعيدها إلى الحياة<sup>(١)</sup>.

(١) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

ويلاحظ أن المرأة الحامل في هذه الدعوى كانت قد رفعت عام ١٩٧٠ دعواها الدستورية التي تطعن بها قسي دستورية تشريع الولاية الخاص بمنع الإجهاض. وقد فصلت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه الدعوى عام ١٩٧٣ أي بعد ثلاث سنوات من رفعها، كان الحمل خلالها قد انتهى.

ولو أن شروط القبول في جامعة، تميز بين طلبتها بالنظر إلى لونهم؛ وكان المدعى في الخصومة الدستورية -وهو أسود اللون- قد طعن بمخالفة هذا التمييز للدستور؛ وكان المدعى في الرفع الأخير من السنة النهائية لدراسته بكلية الحقوق بها وقت نظر دعواه أمام المحكمة العليا، فإن مصلحته في دعواه هذه تكون متعبة إذا كانت الجامعة قد تعهدت بأنها لن تلغى قيده بها أيا كانت نتيجة الفصل في دعواه هذه. ذلك أن هذا التعهد مؤداه أن يكمل دراسته بغض النظر عن مضمون قضاء المحكمة العليا في دعواه، ولن تلحقه بالتالي أية مضار يتصور أن يدفعها بها.

See De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).



Capable of repetition, yet evading review.

ثانيها: أن يكون المدعى من أفراد طبقة بذاتها، كأن يكون محاميا أو طبيبا أو حرفيا ويدخل بذلك في عموم طبقة المحامين أو الأطباء، أو المهندسين أو الحرفيين.

وقد يكون المدعى كذلك أحد أفراد هيئة الناخبين ليصير واحدا من مجموعهم وداخلها فسي طبقته فإذا حدد المشرع لأفراد هذه الطبقة جميعهم، شروطا تنظم شأنها من شئونهم فإن استيفاء المدعى في الخصومة الدستورية لهذه الشروط بعد رفعها، مع استمرار تخلفها في باقي من أفراد طبقته، لا يجعل دعواه منقضية<sup>(١)</sup>. ذلك أن المدعى يمثل أفراد طبقته في مجموعهم، إذ هو من بينهم ولا يحيط بهم، فلا يكون إلا ممثلا لهؤلاء الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ذاتها، ولا زالوا مضارين من بقاء الشروط المطعون عليها لعدم استيفائهم لها، فلا يعتبر نزاعهم مع هذه الشروط منتهيا، بل حيا وقائما، لإخلالها بالحقوق التي يطلبونها<sup>(٢)</sup>.

ثالثا: أن إلغاء المشرع للنصوص القانونية المطعون عليها بعد تطبيقها في شأن المدعى، لا يجعل دعواه الدستورية منتهية لمعها.

ذلك أن الأضرار التي رتبها هذه النصوص في حقه خلال فترة سريانها، لا يجوز إهمالها، بل يتعين إزالتها بكاملها. وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها، ولو كان الإجراء الذي نازع المدعى في الخصومة الدستورية في مطابقته للدستور، عملا صادرا عن الجهة الإدارية. ذلك أن توقفها عن المضي فيه اختيارا Voluntary cessation، لا يحول دون الفصل في دستوريته، ما لم يعم الدليل على انتفاء كل توقع معقول Reasonable expectation لتكراره<sup>(٣)</sup>. فإذا كان احتمال

(١) Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 399 (1975).

(٢) تسمى الدعوى في هذه الحالة بدعوى الطبقة Class action قالو أن المشرع تطلب من الناخب أن يكون مقبلا في دائرته الانتخابية مدة سنة على الأقل مثلا. وكان المدعى حين أقام دعواه الدستورية طعنا في هذا الشرط لم يستوف مدة الإقامة، ثم استوفاهما بعد رفعها، فإن دعواه لا تصير منقضية. ذلك أن غيره من أفراد هيئة الناخبين في هذه الدائرة لازالوا غير مستوفين لشرط الإقامة، وعلى المدعى - وهو يمثلهم ويحترق نقابا عنهم بوصفه واحدا منهم - أن يستمر في دعواه، فلا يقضي بحكم قبولها.

Board of School commissioners v. Jacobs, 420 U.S. 128, 130 (1975).

(٣) United States Comm v. Geraghty, 445 U.S. 388 (1980).

عودتها إلى الإجراء أو القول بمخالفته للدستور بعد توقفها اختياراً عن المضي فيه، لا زال قائماً، فإن الخصومة الدستورية التي تنازع في دستورية هذا الإجراء، لا تنقضى<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن الخصومة الدستورية في المسائل الجنائية، لا تعتبر عقيمة ولو كان المدعى فيها قد نفذ الحكم الذي دانه بالعقوبة الجنائية، كلما قام الدليل على أن لهذه العقوبة آثاراً جانبية تلازمها وتقارنها Collateral consequence، إذ تظل للمدعى مصلحة محققة في إنهاء هذه الآثار التي يندرج تحتها حرمانه من مباشرة الحقوق السياسية أو من تقلد الوظائف العامة أو أن يكون مخالفاً، أو النظر إلى الجريمة التي دين بسببها كمسابقة في دعوى جنائية لاحقة<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن الخصومة لا تعتبر منتهية، ولو أبدل المشرع النصوص القانونية المطعون عليها بنصوص جديدة تحل محلها، كلما كان زوال النصوص القديمة مع الآثار التي رتبها وأقعا بأثر مباشر. ذلك لأن الأصل هو سريان القاعدة القانونية اعتباراً من وقت نفاذها وحتى إلغائها. فإذا أحل المشرع محلها قاعدة جديدة، تعين تطبيقها اعتباراً من التاريخ المحدد لسريانها، وإهمال القاعدة القديمة من وقت إلغائها. فلا تتدخل للقاعدتان الجديدة والقديمة في زمن تطبيقهما، ذلك أن لكل منهما مجالاً زمنياً لسريانها، فلا تندثر الأضرار التي ألحقها النصوص القديمة بالمدعى في الخصومة الدستورية، خلال زمن العمل بها<sup>(٣)</sup>.

٤١٢- وسواء تعلق الأمر بانقضاء الخصومة الدستورية لزوال موضوعها، أو باستثناءاتها التي تقيد من إطلاقها، فإن الضرورة العملية هي التي توجهها، فلا تعمل جهة الرقابة القضائية على

(١) United States V.W.T. Grant co., 345 U.s. 629 (1953); City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95. 100-01 (1983).

فلو كانت الشرطة تعذب مثلاً الأشخاص الذين يحتجزهم أو تنبض عليهم، فإن توقفها عن ممارستها هذه، لا يحول دون الفصل في دستوريته.

(٢) County of Los Angeles v. Davis 440 U.S. 625 (1979). Sibron v. New York , 392 U.S. 40,55 (1968); Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 790-791 (1969).

(٣) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٢/٣ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٢٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ وكذلك القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق "دستورية" -جلسة ١٩٨٣/٦/١١- ص ١٢٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها.

الدستورية إلى تقييد قاعدة انقضاء الخصومة الدستورية إذا كان هذا التقييد لن يكون مفيداً في توقي المنازعة من جديد في شأن الحقوق عينها المثارة في هذه الخصومة.

كذلك فإنه كلما اقترن إنكار حق المدعى في الخصومة الدستورية، بمخاطر باهظة يتحملها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تحكم بانقضائها.

سادساً: كذلك يفترض شرط بقاء الخصومة الدستورية حية وقت الفصل فيها، ألا تنتظر جهة الرقابة على الدستورية في خصومة لا شأن لها بالحقوق المدعى فيها.

### المبحث الرابع

#### الخصومة الفرضية أو المجردة

#### Hypothetical case

٤١٣- لا يتحقق معنى الخصومة إلا إذا كان جوهرها نزاع محدد ومجسم و *Definite and concrete* شأن هذا النزاع شأن الخصومة التي يخلقها أطرافها، ويتوافقون على تدبيرها لإعطائها صورة لا تكل على حقيقتها.

ذلك أن الخصومة في هذه الصور لا تعد خصومة حقيقية، ولو كان موضوعها يشير لممثل بالغة الأهمية، أو كان لها من تماسكها وصلابتها ما يؤهل لبحثها وإصدار حكم فيها، أو من عمقها ما يفرضها بقوة على الأوضاع القائمة في بلد ما.

يؤيد ذلك أن قضاء الشريعة الدستورية لا يعينهم الفصل في خصومة دستورية لأغراض تتعلق بالتأصيل لأغراض أكاديمية يقتضيها النظر في العلوم وتعمق أغوارها. وليس من وظيفتهم كذلك إصدار أحكام لا تزيد قيمتها عن مجرد إعلان<sup>(١)</sup> حكم الدستور في الهواء *A mere declaration in the air*. وهم لا يفصلون كذلك في طعون تتعلق بنصوص قانونية لم تلحق بالمدعين في الخصومة الدستورية -وبصفتهم الشخصية- أية مضار واقعية؛ ولا في نصوص قانونية لن تدخل بأية حقوق يملكونها<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بالتالي النظر في أية خصومة دستورية لا يجاوز هدفها مجرد تقرير حقائق علمية لا تثير غير اهتمام الباحثين في علم القانون، ولا في خصومة دستورية لم تلحق بالحقوق الشخصية للمدعين فيها أضرارا فعلية، سواء في ذلك ما يكون منها داهما أو وشيكا؛ قائما أو مظنونا على خطر الوجود؛ محققا أو راجحا؛ أنيا أو مستقبلا. ذلك أن ولاية قضاء الشريعة الدستورية تنحصر في الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها خصومة حقيقية لا تتوافق فيها مصالح أطرافها، وإنما تنسم بحدتها ويتضادها وتخالفها إلى حد الصدام بينها، بما يجعل أطرافها غرما يتنازعون فيما قصده منها، ولا يتوافقون في أهدافهم بشأنها.

(١) *Giles v. Harris*. 189 U.S. 475, 486 (1903).

(٢) *Muskrat v. United States* 219 U.S. 346 (1911).

ولا تعتبر خصومة حقيقية، تلك التي يطرحها أفراد بقصد إنهاء شكوكهم حول دستورية بعض القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية A certain class of legislation إذا لم يكن لهذه القوانين من شأن بحقوق شخصية يدعونها، ويواجهون خصومهم في سعيهم لطلبها وتوكيدها.

#### ٤١٤- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا

>حيثما شرط المصلحة الشخصية المباشرة، أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة.

وهو كذلك بقيد تدخلها في تلك الخصومة، ويرسم تخوم ولايتها. فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه. بما موده ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر قد وقع فعلاً أم كان وشيكاً يهددهم. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائداً في مصدره إلى النص المطعون عليه.

فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على أن من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء مصلحته الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصبـور جميعها، لن يحقق للدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعينهم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. وإنما تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها -التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحراباتهم وأموالهم- بما يقلل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها انتفاعاً، ولا تعرض عنها

تراخيا. ولا تقتحم بممارستها حدودا تقع في دائرة عمل السلطين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملانا أخيرا ونهائيا، وأن تدور وجودا وعدما مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكنا إدراكها، لتكون لها ذاتيتها. ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما أو منتحلا أو مجردا in abstracto أو يقوم على الافتراض أو التخمين Conjectural.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جليا على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وألا يؤمن المدعى بدعواه الدستورية -ركاصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم، بل ليكفل أصلا إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه In Concreto (١) >>.

---

(١) 'دستورية عليا' القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية 'دستورية' -جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ - ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الخامس  
الخصومة التي لم يكتمل نضجها  
Unripe cases

٤١٥- وكما أن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة يبين من يجوز أن يقيم الخصومة الدستورية Who may bring the case فإن شرط رفعها في أوانها يحدد كذلك وقت طرحها على جهة الرقابة القضائية When case may be brought. ولا يجوز بالتالي لأية خصومة أن تستبقى أو أن الفصل فيها. وكما أن الجهة القضائية لا يجوز أن تقدم مشورتها لأحد في شأن المسائل التي تطرح عليها لأخذ رأيها فيها على أساس أن ولايتها تنحصر في الفصل في كل خصومة قضائية توافرت شروط اتصالها بها وفقا لقانونها، لتصدر فيها حكما لا ينتقض، فإن منعها من الفصل في مسائل لم يكتمل نضجها Premature Questions، مرده أن مثل هذه الخصومة لن يكون لها من أثر على حق أو التزام لرافعها.

ويتعين بالتالي -وكشرط مبدئي للفصل في الخصومة الدستورية- أن تستكمل هذه الخصومة عناصر النزاع المثار فيها، ليدل اجتماع هذه العناصر على أن هذا النزاع ليس متوهما ولا منتحلا، وإنما يمثل خصومة محتكمة بين أطرافها. فلا يكون توقيت عرض الخصومة على الجهة القضائية غير تحديد لما إذا كان الفصل فيها موانئا<sup>(١)</sup> The Fitness of the Issues for Judicial Determination. أو أن نضجها لم ينتها بعد. شأن الخصومة القضائية في ذلك شأن الثمار التي لا يأكلها أحد قبل أن يحين قطافها<sup>(٢)</sup>

Litigation is like fruit which must not be picked until it has ripened.

ومن ثم لا تتحدد الصورة الكاملة لعناصر النزاع في الخصومة القضائية إلا على ضوء زمن رفعها، سواء كان مرور الزمن ضروريا لتحديد اكتمال عناصر النزاع أو تخلفها، أو لتحديد حدة التقادم التي بلغت.

ويتعين على ضوء هذه المفاهيم أن نقرر أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائيا فيها هي التي تطرح عدوانا حكوميا فعليا على حق أو حرية كفلها الدستور إذا كان المدعى قد

(١) يقصد بالخصومة القضائية تلك الادعاءات التي يطرحها المتقاضون أمام المحكمة للفصل فيها وفق الإجراءات التي يبينها القانون أو المتعارف عليها من أجل إنفاذ الحقوق المدعى بها أو لرد العدوان عليها.

In re pacific Railway Comm., 32 Fed. 241 (C.C. Cal. 1883)

(٢) Public Serv. Comm., n v. Wycoff Co., 344 U.S 237 (1952).

أضير من جراء هذا العنوان. فإذا قام موضوع الخصومة الدستورية على احتمال وقوع هذا العدوان، فإن القول به يكون فرضاً جدلياً قد لا يتحقق على الإطلاق A hypothetical operation of a government act, that has not yet had actual impact on private rights and obligations ولأن جهة الرقابة القضائية لا تفصل في المسائل الدستورية ما لم يكن ذلك ضرورياً لأبعد حد، فإن عليها ألا تفصل في خصومة لم يحن ألوان رفعها سواء لتعلقها بمسائل مجردة أو غير محددة بصورة كافية، أو بأحداث مستقبلية قد لا تتحقق بالصورة المتوقعة لها، أو قد لا تتحقق على الإطلاق.

ويتعين بالتالي التركيز على طبيعة المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية للنظر فسي مواتاة الفصل فيها. فما يكون منها بعيد الاحتمال Too remote، أو قائماً على محض الصنفه Too contingent، أو على فروض جدلية يعرضها أصحابها في صورة مجردة Too hypothetical for adjudication مؤداة أن الخصومة التي تطرحها تستيق ألوان الفصل فيها. ويتعين دوماً أن ننظر في اكتمال بنیان الخصومة، إلى كافة ملامحها، وليس إلى بعضها دون بعض.

فقد يتعلق الطعن بعدد من النصوص القانونية يكون الفصل في بعضها فقط مواتياً. وعندئذ تقتصر الخصومة عليها. فما أضر من هذه النصوص بحق أو بمصلحة للطاعن يجوز الفصل فيه. وما كان من هذه النصوص غير مؤثر في هذا الحق أو تلك المصلحة، فإن الفصل في دستوريته يكون محظوراً<sup>(١)</sup>.

وتتقيد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بشرط ألوان الخصومة حتى في مجال انتقائها لنوع الترضية القضائية التي توفرها لرافعها. فلو أن أشخاصاً كان قد قبض عليهم ثم أطلق سراحهم، فإن الخصومة التي يرفعونها لتوقي احتمال القبض عليهم من جديد، تكون قبل أوانها، ولا يجوز قبولها لتعلقها بتصور مستقبلي يقوم على التخيل<sup>(٢)</sup> Speculative future harm.

كذلك فإن النصوص القانونية التي يتحدد على ضوءها ما إذا كان شخص معين يعتبّر مختلاً عقلياً، لا يجوز الطعن بمخالفتها للدستور قبل بدء تطبيقها في حقه. وكذلك الأمر في شأن كل ضرر يكون تصورياً Speculative.

(١) Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd., 367 U.S. 1, (1961).

(٢) O' Shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).



ولو أدين شخص بأكثر من عقوبة عن جريمة ما، وكانت إحداها تناقض الدستور، فإن الطعن عليها يكون مقبولا، ولو كان المحكوم عليه مودعا في أحد السجون لتنفيذ العقوبة التي لا نزاع في دستورتها.

ويتعين بالتالي القول باستواء الخصومة الدستورية على قدميها، ورفعها بالتالي في أوانها، أن نكل النصوص المطعون عليها -بأنرها- على تدخلها فعلا في شأن يخص رفعها Actual Interference.

فإن لم يكن من شأن النصوص المطعون عليها تحقيق هذا الأثر، فإن الحكم الصادر فيها لن يتعلق بغير مسائل مجردة في طبيعتها، ولن يتصل بالتالي بحقوق يطلبها أفرادها كأثر مباشر لإخلال النصوص المطعون عليها بها.

يؤيد هذا النظر أن قضاء الشريعة الدستورية لا يباشرون وظيفتهم القضائية، إلا من خلال خصومة قضائية تحدد موضوعها بصورة جلية لا خفاء فيها، وتتغيا رد عدوان على حق أو حرية ظاهرة أبعاده، فلا يكون الإخلال بالحق أو بالحرية تصورا نظريا أو توقعا فرضيا، بل تدخل قائما في هذا الحق أو تلك الحرية بما يخل بصورة فعلية بمصالح أصحابها.

وبدون ذلك لا تبلور الخصومة بين أطرافها ما شجر بينهم من نزاع حقيقي، وإنما تكون واقعاتها غير متطورة بدرجة كافية في مواجهة أطرافها؛ ونطاق المسائل التي تطرحها ليشوبها التجهيل بالنظر إلى قصور مكوناتها، أو تخيلها أو توقعها في صورة مجردة، فلا يكون ميلاد الخصومة مكتملا بها Not fully born.

وبطل الأصل في كل خصومة قضائية أن يكون لها من نضجها ما يؤهل للفصل فيها. ذلك أن كل خصومة تفترض الجزم بواقعاتها، وينطاق المسائل التي تطرحها للفصل فيها، وتعلقها بالضرورة بعدوان قائم على أحد الحقوق التي يكفلها الدستور.

فإذا لم يكن ثمة إخلال بها، وإنما كان التدخل في شئون رفعها بالعمل أو الإجراء المطعون عليه، تصورا يقوم على التخيل، أو يتوخى مواجهة مجرد إحباط أو توهم أو ارتعاش من طبيعة شخصية Subjective Chill فإن الفصل في دستورية هذا العمل أو الإجراء لا يكون مقبولا، ولا

دالا على مخاطر فعلية تضر بالحق المدعى به كأثر للتدخل بالعمل أو بالإجراء في نطاقه ولو اقتصر المدعى على أن يطلب من قضاة الشريعة الدستورية أن يصدروا حكماً تقريرياً *A declaratory judgment* في شأن الحقوق المتنازع عليها يثبتها لأحد الخصمين دون الآخر. ذلك أن الأحكام التفريرية، وإن جاز تشبيهها بالأراء الاستشارية من جهة عدم جواز تنفيذها جبراً، إلا أن هذه الأحكام تفارق تلك الآراء في تعلقها بخصوصية فعلية تتناقض من خلالها مصالح أطرافها، لتحسم الحقوق المتنازع فيما بينهم<sup>(١)</sup>، ولا يتصور بالتالي أن تصدر تلك الأحكام في خصومة فرضية لا شأن لها بنزاع استحكم بين أطرافها.

وفي مجال الفصل فيما إذا كانت الخصومة الدستورية قائمة على عناصر مكتملة، أم أن أوان الفصل فيها لم يحن بعد، يتعين التمييز بين نصوص قانونية نافذة بذاتها *Self- executing Provisions*، وبين نصوص قانونية لا تدخل بحقوق المخاطبين بها قبل تطبيقها في حقهم.

ذلك أن النصوص القانونية النافذة بذاتها، هي التي يكون مجرد سريانها كافلاً لإجراء آثار تناقض مصالح المخاطبين بها *Adverse effect* ولو لم يجر تطبيقها في حقهم. وهو ما يتحقق في النصوص التي تأمر المخاطبين بها بأداء أفعال تعينها أو الامتناع عن أفعال تتهاهم عن القيام بها، وإلا حق عليهم الجزاء المقرر بها عن مخالفة أوامرها ونواهيها. ذلك أن مجرد إقرار المشرع لهذا النوع من النصوص يرتد سلباً على حقوق المخاطبين والتزاماتهم من خلال المخاطر الداهية التي تصيبهم إذا لم يمتثلوا لها. فالنصوص للجنائية تؤثم الأفعال أو صور الامتناع التي حددتها. والمخالفون لها يعاقبون جنائياً عن كل فعل أو امتناع لا يتقيد بحكمها. ومثل هذه النصوص يجوز الطعن عليها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجز تطبيقها في حق أحد من المخاطبين بها. ذلك أن مجرد وجود هذه النصوص وشخصها في مواجهتهم يلحق بهم أفدح المخاطر التي تتلبد من حقوقهم وحررياتهم. ولا يتصور بالتالي أن يترص هؤلاء توجيه اتهام إليهم بالخروج عليها، وارتكابهم بالتالي لجريمة منعهم المشرع من الإقدام عليها، حتى تقبل الخصومة الدستورية التي يجحدون بها دستورية هذه النصوص<sup>(٢)</sup>.

(١) Norman Redlich- Bernard Schwartz and John Attanasio; "Understanding Constitutional Law, 1995, p. 23 .

(٢) *Euclid v. Ambler Realty Co.* 272 U.S. 365 (1926); *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925).

وحتى النصوص الجنائية التى لم يجر تطبيقها فى حق المخاطبين بها لمدد استتال زمنها Desuetude، يجوز الطعن عليها بمخالفتها للدستور<sup>(١)</sup>

كذلك فإن القيود التى يفرضها المشرع على الملكية، والتي تحمل أصحابها أعباء اقتصادية باهظة تكلفتها، يجوز الاستباق إلى دفعها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيق هذه القيود في شأن رافعها<sup>(٢)</sup>.

وإذا صدر قانون يفرض عقوبة جنائية على أولياء أمور اطلبة الذين لا يلحقون أبناءهم بالتعليم العام، فإن من شأن سريان هذا القانون، أن ينطلق التطبيق الخاص أمام الأبناء، وأن تغلق معاهد هذا التعليم أبوابها في وجههم، فلا يلجأ أحد منهم<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يكون مجرد صدور هذا القانون منطويا على مخاطر لا يستهان بها يتهدد بسببها القائمون على شئون التعليم الخاص. وهي مخاطر لا يدفعونها إلا من خلال الخصومة الدستورية يرفعونها لإنهاء وجود ذلك القانون، خاصة وأنهم يظلون مهدين بالعقوبة التي فرضها، ولو لم يصدر في شأنهم اتهام جنائي. ولا يجوز القول بالتالي بأن صدور هذا الاتهام يعتبر شرطا مبدئيا لقبول الخصومة الدستورية التي يسعون من خلالها إلى إبطال النصوص القانونية التي ألزمتهم بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام؛ إذ لو جاز ذلك، لكان عليهم تريض الدعوى الجنائية وترقيتها، حتى إذا داهمتهم، طرخوا مناعهم على هذه النصوص أثناء نظر الادعى الجنائية - كدفاع فيها - وهو ما لا يتصور تكليفهم به.

ذلك أن تحوطهم لحقوقهم التي كفلها الدستور، يتقدم ترقيهم الإخلال بها. ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية أن تتعامل مع نصوص القانون المشار إليه باعتبارها نافذة من وقت صدورها، ولو لم يصدر اتهام جنائي في شأن الذين تبسم هذه النصوص<sup>(٤)</sup>.

(١) Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

(٢) Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926).

(٣) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٤) Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908); Backard v. Banton, 264 U.S. 140 (1924); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 528 (1961).

وعليها بالتالي أن تنتظر إلى الخصومة الدستورية في الصور التي أسلفنا بيانها - بافتراض نضجها وتكامل عناصرها. ذلك أن من غير العدل ومما يجافي المنطق كذلك، حمل الأشخاص الذين أثير قانون ما في حقوقهم والتزاماتهم، على مخالفة هذا القانون، ولتعرض للعقوبة التي فرضها، كشرط للجوئهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، للحصول منها على حكم يبطلان هذا القانون.

إذ لو قيل بذلك، لصار شرط قبول الطعن بعدم دستورية قانون قضى بعزل المعلمين الذين يناهضون الدولة بأعمالهم، هو ارتكابهم الأعمال التي حظرها، ولكان عليهم الخيار بين الخضوع لأحكامها، أو تحمل الجزاء على مخالفتها. بما يوقعهم في حرج لا يرد عنهم إلا بالخصومة الدستورية التي يرفعونها بمجرد صدور هذا القانون<sup>(١)</sup>.

٤١٦- وتظل الخصومة الدستورية متوافرة عناصر نضجها التي تتكامل بها سيوية على قدميها، ولو كان موضوعها الفصل في دستورية قانون يحظر على المدرسين - بالعقوبة التي فرضها - تدريس مادة بذاتها؛ ولو كان هذا القانون قد ظل مهملًا مدة طال زمنها؛ وكان ثابتًا كذلك أن اتهامًا لم يوجه إلى المخاطبين بهذا القانون. ذلك أن القوانين الجنائية تشرع سيفها في وجه المخالفين لها كلما قرر المدعى العام تطبيقها من خلال اتهام جنائي يوجهه إلى العصاة. فلا يفصل بين حرياتهم من جهة وتقييدها من جهة ثانية، غير نزوة المدعى العام التي لا يجوز معها

---

(١) ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية كان لها قضاء مختلف، فقد عرضت عليها قضية كيان موضوعها أن قانونًا صدر في شأن موظفي الدولة يمنهم من الانخراط في الأعمال أو الحملات السياسية تحت طائلة الجزاء الجبائي. وقد أعلن المخاطبون بهذا القانون، عن عزمهم على القيام بالأعمال التي حظرها المشرع عليهم ارتكابها، إلا أنهم لم ينصحوها عن طيعة الأعمال التي ينوون القيام بها، أو نوع الأراء التي يريدون إعلانها لدعم موقفهم، ووسائلهم إلى تنفيذ أغراضهم، بالرغم من أن الخصومة الدستورية التي رفعوها، كان هدفها أن تصدر المحكمة أمراً An injunction يمنع الجهة المختصة بتنفيذ هذا القانون، من فرضه عليهم. وقد انتهت المحكمة العليا إلى أن الأوراق لا تذل على أن المدعين في الخصومة الدستورية قد أخطوا بذلك القانون، وأن دعوام بالتالي لا تريد عن طعنهم آراء استشارية منها في مسائل من طبيعة محددة، فلا تتوافر الضرورة التي تقتضيها الفصل في المسائل الدستورية المثارة.

United Public workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947); Alder v. Board of Education, 342 U.S. 484 (1952)

القول بأن القوانين الجنائية التي لم يجر تطبيقها، لا تمثل غير مخاطر يتوهمها الخاضعون لأحكامها.

ومن الفقهاء من يقرر بأن النصوص النافذة بذاتها، لا تنحصر في النصوص الجنائية. وإنما تتوافر هذه الصفة كذلك في غير هذه النصوص إذا كان من شأنها التأثير مباشرة في حقوق الأفراد وحرياتهم الخاصة Immediate consequences upon private rights and obligations. بما يرتد سلباً عليها، مدنياً كان هذا للقانون أم جنائياً<sup>(١)</sup>.

٤١٧- وقد تتعدد عناصر الخصومة الدستورية. فإذا كان نضجها مكتملاً في أحد عناصرها أو بعضها دون غيرها، فإن هذه العناصر وحدها هي التي تحدد ملامح الخصومة الدستورية التي يجوز النظر في قبولها، إذا كان شرط وحدة موضوع الخصومة الدستورية لا يختل نتيجة فصل العناصر التي اكتمل نضجها عن سواها من عناصر هذه الخصومة.

وقد تتعلق المسائل الدستورية التي تثيرها الخصومة الدستورية، بأكثر من نص قانوني. فإذا كان الطعن في أحدهما مقبولا بالنظر إلى اكتمال عناصر الخصومة القضائية بالنسبة إليه، فإن باقيها لا يعتبر كذلك تبعاً أو بالضرورة. ذلك أن الأصل في الترضية القضائية، هو تعلقها بأضرار قام الدليل عليها. ولا محل بالتالي لتقرير ترضية قضائية قبل أوانها، كذلك التي تتوخى مواجهة أضرار مستقبلية تخيلية<sup>(٢)</sup> Prevention of speculative future harm.

وقد لا تكتمل للخصومة الدستورية ملامحها إلا بتحقيق واقعة معينة تعطيها حيويتها، وتتهيأ بها ضوابط الفصل فيها.

فالذين يقولون بأن تدخل الحكومة في ملكيتهم آل إلى أخذها منهم دون تعويض، لا تقبل الخصومة الدستورية منهم، إلا بعد استفادهم لكل الطرق المفتوحة أمامهم للحصول على هذا التعويض<sup>(٣)</sup>.

(١) Norman Redlich; Bernard Schwartz; John Attanasio, "Understanding Constitutional law", 1995, pp.24-28

(٢) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

(٣) Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

ومع ذلك إذا كان أخذ ملكيتهم لغیر مصلحة عامة، فإن الخصومة الدستورية تقبل منهم دون حاجة للخوض في استحقاق التعويض أو تحديد مقداره.

وقد يكون من المحقق حدوث الواقعة التي يرتبط بها الضرر المدعى به. ومع ذلك قد ترجى جهة الرقابة القضائية على الدستورية الفصل في الخصومة الدستورية حتى تستبين بصورة أفضل ملامح هذا الضرر في زمن لاحق<sup>(١)</sup>.

وبوجه عام، كلما كان الضرر قائماً على مجرد احتمال قد يقع في المستقبل البعيد. *A mere possibility in remote future* فإن الطعن على النصوص القانونية المدعى تعلق هذا الضرر بها، يكون مستبقاً أول الفصل فيها.

ذلك أن من غير الجائز الفصل في المسائل الدستورية قبل أن تتحقق الآثار السالبة للنصوص القانونية المطعون عليها، والتي يضار الطاعن بها. ومجرد تصور هذه الأضرار، أو حتى توقعها ليس كافياً، باعتبار أن سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية لا تجوز مباشرتها قبل وقوع تدخل فعلي يخل بالحقوق التي يدعيها أطرافها. فإذا لم يكن ثمة تدخل أصلاً، أو كان القول بوجوده تحزيراً؛ أو كانت الأضرار المدعى بأن التدخل قد رتبها، محددة تحديداً عاماً بما يجعل بحقيقتها، وينسبها إلى من يدعون أنها أصابتهم في مصالحهم، فإن الخصومة تكون منعقدة قبل أولاتها. ذلك أن الأضرار التي يدعونها تبلور صعوبة *Hardship* يطمعون في دفعها. فلا يكون بيان ماهيتها بما يزيل كل غموض حولها ويؤكد ذاتيتها، إلا ضرورة يقتضيها الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها.

كذلك فإن المسائل الدستورية التي يطرحها الطعن على هذه النصوص، ينبغي عرضها بما يجليها، ويكمل اتساقها مع عناصر الخصومة الدستورية المحددة لموضوعها *Fitness of the Issues*.

يؤكد هذا النظر أن النصوص القانونية لا تناقض الدستور في كل تطبيقاتها، وإنما ينحصر الطعن على جوانبها التي أضير الطاعن منها. فلا يكون تصويبها إلا من خلال خصومة دستورية

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568 – 581 [1985].

لا تتحد وقائعها، ولا المصالح المثارة فيها، مع غيرها. وإنما يكون لوقائعها ذاتيتها، ولنوع المصالح المراد حمايتها بها خصلتها، فلا يكون بيانها وإيضاحها سوا في طبيعتها أو أبعادها - خافيا.

على أن واقعية المضار التي تنتجها النصوص المطعون عليها، والتي لا تقوم الخصومة الدستورية في أوانها بدونها، لا يعني مثولها وحلولها بعناصرها جميعا، وإنما يكفي أن تكون مخاطر حدوثها حقيقية.

وقد تكون المسائل الدستورية المثارة من خلال هذه الخصومة من طبيعة قانونية صرفه Purely Legal، فلا تطورها أو من عناصرها أية واقعة مادية مستقبلية<sup>(١)</sup>.

وقد تكون الطبيعة القانونية هي الغالبة في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة للدستورية Predominantly Legal فلا يكون إرجاء الفصل فيها حتى تتطور عناصرها الواقعية، ضروريا، ولو كان أكثر فائدة<sup>(٢)</sup>. ولئن كان الأصل في الخصومة الدستورية أن يرتبط نضجها بعامل الزمن؛ وكان تكامل ملامحها قد يتحقق في بنها، إلا أن أحيانا لاحقة قد تعمق النزاع المطروح فيها وتزيده حدة؛ وقد تنهيه في بعض جوانبه، أو بصورة كاملة، فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية في زمن لاحق، إلا ضرورة يقتضيها أن تنهيا للخصومة الدستورية أسبابها التي تحتتم الفصل فيها.

وينبغي أن يلاحظ أن إرجاء الفصل في الخصومة الدستورية، قد يعرض رافعها لمخاطر لها شأنها. ويقتدر حدثها ومداها، تقرر جهة الرقابة على الدستورية ضرورة الفصل فيها، أو التراخي في نظرها<sup>(٣)</sup>.

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568. 581 (1985).

(٢) Pacific Gas and Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation and Development, 461 U.S. 190, 201 (1983).

ويلاحظ أن الفصل فيما إذا كانت المسائل المطروحة في الخصومة الدستورية من طبيعة قانونية صرفة أو تغلب عليها الطبيعة القانونية من المسائل الخلاعية.

See Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A functional Analysis," 75 Yale law journal, 517, 531- 33 (1966).

(٣) Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

وفي النظم الفيدرالية، تحرص المحكمة العليا الفيدرالية، على إيجاد نوع من التجانس في علاقاتها بمحاكم الولايات الأعضاء في الاتحاد. فلا تفصل في دستورية تصوص قانونية مطعون عليها أمامها، قبل أن تقول محكمة الولاية كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور. ذلك أن محكمة الولاية قد تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يوفقها مع الدستور، فلا تقوم ثمة حاجة من بعد لعرضها مرة ثانية على المحكمة العليا الفيدرالية، ما لم تكن مخالفتها للدستور ظاهرة من وجهها On its Face، بما يلزم المحكمة الفيدرالية العليا عندئذ بالفصل في دستورتها دون أن تتربص قضاء محكمة الولاية في شأنها<sup>(١)</sup>.

---

(١) Zwickler v. Koota, 389 U.S. 241. (1967).



### المبحث السادس

#### انتفاء مفهوم الخصومة القضائية في مجال الآراء الاستشارية Advisory Opinions

٤١٨- لا تتقيا الخصومة القضائية غير الفصل في الحقوق موضوعها بقضاء قطعي يكون منها لها وعلى الأكل في بعض جوانبها.

فلا يدخل في مفهوم الخصومة القضائية، الدعوة التي توجهها السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، طلبا لرأيها في المسائل التي تعرضها إحداهما عليها، وذلك لبا كان قدر أهمية السؤال المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتصل بها.

ذلك أن مثل هذه الدعوة، لا تعدو أن تكون طلبا للفتيا في مسائل بذواتها. وقد يكون لهذه المسائل من تعدها واتساعها وغموض جوانبها ما يدعو السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى التردد في اتخاذ قرار فيها حتى تعرضها على جهة قضائية محايدة، لها من وزنها وعمق اجتاداتها في المسائل التي تطرح عليها، ما يدعو إلى احترامها والقبول برأيها في المسائل التي تناولتها بافتائها، وبمراجعة أن الآراء التي تبديها هذه الجهة القضائية المحايدة في المسائل التي تطرح عليها - لا تعتبر حكما صادرا في خصومة، بل محض آراء لا تتوافر لها قوة اليقين القضائي، ولا تصدر إلا في مسائل مجردة بطبيعتها، ولا يفترض أن يتعلق موضوعها بأشخاص تتناحر مصالحهم أو تتفرق اتجاهاتهم.

ولا اختصاص لجهة الرقابة على الدستورية بإبداء هذه الآراء ذات الطبيعة الاستشارية. ذلك أن ولايتها تنحصر في الفصل في الخصومة القضائية التي تتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها قانونا. ومن ثم يكون إبداءها لهذه الآراء انحرافا منها عن حدود ولايتها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك الرسالة التي بعثها رئيس الجمهورية جورج واشنطن والتي طلب منها من رئيس المحكمة الدستورية العليا للولايات المتحدة Jay، تفسير معاهدات وقوانين الولايات المتحدة التي تتعلق بمسائل القانون الدولي الناشئ عن حروب الثورة الفرنسية. وقد رفض رئيس المحكمة إجابهته إلى طلبه

Correspondence and public papers of jahon joy, H.johnston rd. (New York : (1893)486-489).

ذلك أن الخصومة القضائية التي تختص بنظرها، لا تتحدد وقائعها، ولا نطاق الحقوق المتنازع عليها، بعمل منفرد من أحد أطرافها. وإنما تفصل الجهة للقضائية في الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها والتي يطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم بشأنها فلا تفصل الجهة القضائية في غير الخصومة Antagonistic claims actively presses<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن مودى الوظيفة القضائية التي نباشرها جهة الرقابة على الدستورية، أن تفصل هذه الجهة علانية في المسائل التي تتناولها الخصومة القضائية، وفي ضوء من تكافؤ أطرافها في أسلحتهم، ومواجهتهم لبعض في دفاعهم وعرض أدلتهم؛ فلا يكون الفصل في الحقوق التي تتناولها الخصومة القضائية واقعا وراء جدران أحكم إغلاق أبوابها، ولا من زاوية وجهة نظر منفردة تخص أحد أطرافها دون غيره.

ولا كذلك الآراء الاستشارية التي تبديها الجهة القضائية Extra Judicial Advice. ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية التي تطلبها، هي التي تسلط الضوء على المسائل موضوعها؛ وهي تعرضها بالطريقة التي تراها؛ وقد تعتمد إلى إخفاء بعض عناصرها أو تحورها حتى تصدر هذه الآراء بما يوافق وجهة النظر التي تدعيها، وبما ينفي حقيقتها في عرضها لأبعاد هذه المسائل التي تتلون بأهوائها، وتوجهها مصالحها. وهي بذلك لا تعطي لتلك المسائل حقيقة ثوبها؛ لكنها تشكل قسماتها في الصورة التي تريدها لها. فلا تعبر الآراء التي تبديها جهة الرقابة على الدستورية في شأنها، عن صحيح حكم القانون. وإنما تكون آراء مغلوطة في واقعها، وفي النصوص القانونية التي تحكمها. فضلا عن إيدائها لهذه الآراء بطريقة غير قضائية، وفي نطاق لا يتصل بأداء الوظيفة القضائية.

كذلك فإن استقلال جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ينافيه أن يكون القول بالآراء التي تبديها هذه الجهة -حتى وإن جاز لها إيدائها- مطلقا على موافقة السلطة التي طلبتها. وتعتبر هذه الآراء كذلك تقريرا لحكم القانون في مسائل لم تطرح على

(١)Alabama State Fed'm. of Labor v. McAdory, 325 U.S. 450,461 (1945); United States v.Evans, 213 U.S. 297, 300 (1909); Muskrat v. United States, 219 U.S. 346, 362 (1911).

الجهة القضائية بصورة قاطعة تحيط بكافة مكوناتها، ولا بالأوجه المختلفة لملاحمها التي لا يكسفها غير تنازع المصالح وتطاحنهما من خلال الخصومة الدستورية<sup>(١)</sup>.

فضلا عن أن إرهاب جهة الرقابة على الدستورية بالأراء التي تبديها في غير خصومة، يزيد من أعبائها، وقد بصرفها عن مهامها الأصلية، وقد يشوه عملها ويظهره في صورة قاتمة، خاصة وأن هذه الجهة لا تستخلص بنفسها عناصر المسائل التي يتطرق بها رأيها، وإنما تستقل السلطة التي عرضتها بتحديداتها. فلا يكون اتصال جهة الرقابة على الدستورية بهذه العناصر موضوعيا، ولا إدراكها لها بصيرا بحقائقها. وإنما يتخذ النزاع الصورة التي رسمتها به السلطة التنفيذية أو التشريعية بما يجعل بيانها لأبعاده تعبيرا عن موقفها من هذا النزاع، وتصويرا لنزواتها التي لا شأن لها ببيان حكم القانون في المسائل التي تطرحها على جهة الرقابة على الدستورية لأخذ رأيها فيها.

وتعلق الخصومة القضائية بالحكم لا بالفتيا، يعد موقفا ثابتا لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في الأمم من الدول. ذلك أن الأراء الاستشارية التي تبديها هذه الجهة للسلطة التي طلبتها منها في غير خصومة، لا تبلور غير قراءتها الحرفية لنصوص الدستور بغض النظر عن زمن تطبيقها. فلا تبصر حقيقة الأوضاع المتغيرة والمتطورة التي يعايشها مجتمعها، ولا تزن بالقسط تصارع المصالح وتنافسها التي يتجاذبها أطرافها The Legitimacy of Balancing Competing Interests. ذلك أن الأراء الاستشارية لا تصدر في غير واقعاتها التي صورتها

(١) United States v. Freuhauf . 365 U.S. 146 (1961).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية

Such opinions, Such advance expressions of legal judgment upon issues which remain unfocused because they are not pressed before the Court with that clear concreteness provided when a question emerges precisely framed and necessary for decision from a clash of adversary argument exploring every aspect of a multi-faced situation embracing and demanding interests.

وشكلتها السملطة التي طلبتها<sup>(١)</sup> فلا يصححها أحد في وصفها لها، ولا يطرح من الدلائل ما يناقضها.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها، ويطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم Antagonistic claims actively presses هي التي يتم الفصل فيها من خلال حكم قضائي. ولا يعتبر اتفاق أطرافها فيما بينهم حول حكم القانون بشأنها، منشأ لخصومة ودية، ولا طلباً لآراء استشارية تستر وراء الخصومة القضائية<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يكون شرط الخصومة حائلاً دون أن تقدم الجهة القضائية إجابات عن أسئلة توجه إليها، ولو كانت من طبيعة دستورية. وليس للجهة القضائية بالتالي أن توجه نصيحة للحكومة فيما ينبغي عليها أن تفعل أو لا تفعل، وذلك أياً كان قدر السؤال المطروح عليها، أو نوع المصالح التي يعلّق بها<sup>(٣)</sup>.

---

(١) كان الرئيس الأمريكي واشنطن قد طلب من رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تعفيه في شأن حكم القانون الدولي العام في بعض المسائل المتعلقة بمركز الولايات المتحدة كدولة محايدة في الحرب الأوربية لعام ١٧٩٣، إلا أن رئيس المحكمة Jay، رفض ذلك بإصرار، قائلاً بأن المشورة التي تعيها المحكمة في هذه المسائل تخرج عن اختصاصها. وقد نشر هذا الرد في خطاب وجهه Jay إلى رئيس الجمهورية. انظر نص الرد في:

Schwartz , A Basic History of the U.S. Supreme Court 89 ( 1948).

(٢) Ins. v Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

(٣) Chicago 2 Sothern Air Lives v. Waterman Steamship Corp. 333 U.S. 103 (1948).

### المبحث السابع

#### امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بياناتها

٤١٩- توجب المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن يتضمن قرار إحالة المسائل الدستورية إليها، أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، ونص الدستور المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة.

وهذا النص مؤداه، أن الدعوى الدستورية -سواء حركها قرار صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، تحيل به مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التي بان لها من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور؛ أم كان الطريق إلى رفعها، تصريح بإقامتها صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بعد دفع إبداء خصم أمامها بعدم دستورية نصوص قانونية يلزم تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وقدرت هي جديته - فإن كلا من القرار الذي يحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا؛ وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها خصم إليها، يجب أن يتضمن بياناً بالنصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى بمخالفتها، ومواطن التعارض بينها. ذلك أن الخصومة الدستورية هي الطريق إلى إرساء الشرعية الدستورية التي تتوخى أصلاً صون حقوق المواطنين وضمان حرياتهم، ويتعين بالتالي ضمان جديتها.

ومن ثم نفترض هذه الخصومة أن يكون موضوعها محددًا تحديداً جلياً، وأن يكون لأطرافها - بما فيهم الحكومة المعتمدة بقوة القانون طرفاً ذا شأن فيها<sup>(١)</sup> - حق الدفاع عن مصالحهم وإبداء وجهة نظرهم في شأن النصوص القانونية المطعون عليها.

وإبداء دفاع في دائرة من الفراغ، هو ما يقع بالضرورة إذا أغفل المدعي في الخصومة الدستورية بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى بمخالفتها.

إذ بغير هذا البيان، لا تنهياً للخصوم في الدعوى الدستورية، مكنة لإبداء دفاعهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وحتى تقوم هيئة

(١) ورد هذا الحكم بالفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون المحكمة.

مفوضيها -بعد انقضاء هذه المواعيد- بتحضير المسائل الدستورية المطروحة عليها، ثم إيداع تقريرها فيها مشتملا على جوانبها الواقعية ورأيها في أبعادها القانونية والدستورية<sup>(١)</sup>.

#### ٤٢٠- وينبغي أن نلاحظ في هذا الشأن:

أولا: أن موضوع الخصومة الدستورية، وإن تطلب لتحديدته بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ونقاط التعارض بينهما؛ إلا أن هذا البيان يعتبر مستوفيا لأغراضه، ولو تحقق بطريق غير مباشر.

ذلك أن لكل خصومة قضائية وقائعها التي تتحدد صورتها الإجمالية وحقيقة مقاصدها على ضوء اتصال أجزائها ببعض وترابطها في سياق يجمعها. ومنها تستخلص المحكمة الدستورية العليا -على ضوء نظرتها الموضوعية لبنیان الخصومة الدستورية ومراميها- أبعاد المسائل الدستورية المثارة فيها.

ومن ثم لا يشترط لتحقيق الأغراض التي نواهاها المشرع من المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا -على ما جرى به قضاؤها- أن تتحدد المسائل الدستورية التي تطرح عليها في مضمونها ونطاقها تفصيلا. بل يكفي أن يكون تعيينها ممكنا. ويقع ذلك كلما كان بنيان عناصرها -ومن خلال ترابطها المنطقي واتصال أجزائها- دالا عن حقيقتها<sup>(٢)</sup>.

ثانيا: أن الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، يفترض تقييما وفق أحكام الدستور جميعها. وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، غير مقيدة فسي ذلك بمواطن التعارض التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية فيما بين النصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

(١) تنص المادة ٣٧ من قانون المحكمة على ما يأتي: >>كل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانته مذكرة بملاحظته مشفوعة بالمستندات. ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوما التالية لانتهاء الميعاد المبين في الفقرة السابقة. فإذا استعمل الخصم حقه في الرد، كان للأول التعقيب بمذكرة خلال خمسة عشر يوما التالية.

(٢) أنظر في ذلك الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٤٣ جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦، ص ٦٨٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومرد ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور - على ما جرى به قضاؤها - تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها. وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يعيبها دستوريا، أو إلى قيام مأخذ عليها لمخالفتها الدستور، فإنها لا تنقح بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي حددتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي. ولكنها تجيل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتحدد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها.

وهو ما يعني أن تحديد الخصم أو المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للمخالفة الدستورية المدعى بها، لا ينبغي إلا تأكيد جدية المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظهرها من نواحي العوار في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور.

ولا يتصور بالتالي أن تكون المخالفة التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، أو التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية، مؤشرا وحيدا أو قاطعا في شأن نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها، فلا تمزج نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بيانها<sup>(١)</sup>.

ثالثا: أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي إذ تحيل ممائل دستورية بنواتها إلى المحكمة الدستورية العليا، فإن قرارها في ذلك ينبغي أن يكون جازما، منبئا عن اتجاهها إلى إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي حتى تتبين حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي أحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا على ضوء ما قام لديها من شبهة مخالفتها للدستور.

رابعا: أن تجهيل الخصومة الدستورية بنصوص الدستور المدعى مخالفتها، لا يفيد بالضرورة خلوها من بياناتها التي تطلبها القانون.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تثيرها، قد تكل بطريق غير مباشر على هذه النصوص، وتعين مواقعها.

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٤٣ - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - ص ٦٨٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

فالذين يقولون بمناقضة النصوص القانونية المطعون عليها، لقواعد الشريعة الإسلامية المقطوع بمصدرها ودلائلها، يحيلون بالضرورة لنص المادة الثانية من الدستور، وإن أغفلوا الإشارة إليها.

والذين ينازعون في دستورية ضريبة فرضها المشرع، يحيلون ضمناً إلى قواعد الدستور التي تضبطها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعدالة الاجتماعية كأساس لنظامها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور.

والذين يطلبون حقهم في الأجر العادل، يركنون بالضرورة إلى نصوص الدستور التي تنظم حق العمل باعتبار أن الحق في الأجر عن عمل معين، إنما يتولد عن أداء هذا العمل.

والذين يناهضون التمييز غير المبرر فيما بين المواطنين المتمثلة مراكزهم القانونية، يستنهضون بحكم الاقتضاء العقلي مبدأ تساويهم أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور.

والذين يقولون ببطلان تكوين السلطة التشريعية لعدم حصول العمال والفلاحين على ٥٠% من مقاعدها على الأقل، يقيمون دعواهم بالضرورة - على مخالفة تشكيلها لنص المادة ٨٦ من الدستور.

خامساً: أن الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لخلوها من بياناتها المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يتعين أن ينحصر في الأحوال التي لا يستطاع فيها عقلاً تحديد موضوعها بما لا تجهل فيه. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن الإغراق في الشكلية كثيراً ما يتخذ ذريعة للتخلص من الخصومة الدستورية التي تعتبر أكثر وسائل الحماية القانونية فعالية في مجال تأمين حصول الأفراد على حقوقهم وضمنان حرياتهم التي كفلها الدستور.



ثانيهما: أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون صحيحا، ولو نص القانون على البطلان جزاء تخلفه، إذا قام الدليل من الأوراق على تحقق الغاية المقصودة من هذا العمل<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه ضرورة النظر إلى الدعوى الدستورية باعتبارها مستوفية لبياناتها التي حددتها المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، كلما كان تحليل عناصرها الواقعية والقانونية، واستفراغ كل جهد في مجال تقييمها، كافلا البصر بحقيقتها، وتجلية مقاصدها بما يحقق الأغراض التي توختها المادة ٣٠ المشار إليها.

---

(١) أنظر في ذلك المادة ٢٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شُبه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

### المبحث الثامن

امتناع النظر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تفصل فيها وفقاً

#### للأوضاع المنصوص عليها في قانونها

٤٢١- تعتبر المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ١٧٤ من الدستور، هيئة قضائية قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية. وهي بوصفها هذا لا تتصل في غير خصومة تتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها.

وتعلق اختصاصها بالخصومة القضائية دون غيرها، مرده أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها هذه الخصومة عليها، مقيدة بضوابطها، وبمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحول دون تدخلها فيما تتفردان به من الشؤون التي عهد الدستور إليهما بتصرفها.

وهذه الخصومة التي يتحدد موضوعها بالمسائل الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها، لا يجوز رفعها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، بعد أن حصر هذا القانون طرق اتصالها بها في أحوال بعينها حددتها المادتان ٢٧ و٢٩ من القانون، وبيانها كالآتي:

أولاً: أن تحيل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من تلقاء نفسها، ما يتصل بالنزاع المطروح عليها من النصوص اللازمة للفصل فيه - والتي تقدر من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور - إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في صحتها أو إبطالها. بما موزء أن إحالتها مباشرة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا، شرطها لزومها للفصل في نزاع مطروح عليها، وقيام شبهة مخالفتها بأن عواراً دستورياً قد شابها. وهي تفصل في هذه الشبهة وفق ما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص المشار إليها، فلا تتعمق أغوارها.

وتمثل هذه الصورة تطبيقاً مباشراً وحياً لمبدأ الخضوع للقانون. ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا تتوخى من إحالتها المباشرة للنصوص التي تصدر بصفة أولية مخالفتها للدستور، غير طلب تحديد القاعدة القانونية التي ينبغي عليها أن تطبقها في النزاع المعروض عليها. وهي قاعدة تحددها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، وتقيد الجهة المحيلة بها، فلا يكون تطبيقها من الجهة المحيلة غير إنفاذ الدستور.

ثانياً: ألا تتخذ المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي من النصوص القانونية القائمة في نزاع مطروح عليها موقفاً إيجابياً، فلا تحيلها من نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا. وإنما يؤثر أحد الخصوم في الدعوى التي تنظرها، أمر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن تقرر ما إذا كان منعها ظاهر البطلان، أو قائماً على شبهة لها أساسها. فإذا تبين لها توافر هذه الشبهة، كان منعها جدياً لترخص المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعنذ الخصم الذي أثار المسألة الدستورية - خلال المدة التي تحددها، والتي لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أشهر - برفع الدعوى الدستورية التي يختصم بها النصوص المطعون عليها. فإذا لم يقدّم دعواه هذه خلال الميعاد المحدد لها، اعتبر الدفع بقوة القانون كأن لم يكن، وعديم الأثر بالتالي.

وكما كانت المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، تزيد على الأشهر الثلاثة، وجب خفضها إلى ما لا يجاوزها. ذلك أن هذه المدة تعتبر حداً زمنياً نهائياً مقرراً بقاعدة أمرة نص عليها البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز الخروج عليها.

وعلى الخصم الذي أثار الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون عليها، أن يلتزم بالميعاد الذي حددته المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، ولو كان أقل من الأشهر الثلاثة المشار إليها.

ذلك أن هذا الخصم لا يفاضل بين المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة، وميعاد الأشهر الثلاثة المقرر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ليختار من بينهما المدة الأطول. وإنما هو ميعاد واحد، هو ذلك الذي حددته تلك المحكمة أو الهيئة مقيدة به نفسها والخصوم على سواء.

ولا يعني ذلك أن عليها أن ترفض كل طلب يقدمه الخصم إليها بزيادة ميعاد حددته ابتداءً. إذ يجوز لها دوماً أن تمنحه مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة الأولى، بشرط ألا يزيدا معاً على الأشهر الثلاثة المشار إليها، وأن يكون قرارها بمد الميعاد، قد صدر عنها قبل انتهاء المهلة الأولى حتى تتدخل معها وتعتبر امتداداً لها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٥ - س ٧٠٤ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها

وأيا كان الأمر، فإن كل ميعاد -وعلا بنص المادة ١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية- لا يبدأ إلا من اليوم التالي لحصول الأمر المعتبر مجريا للميعاد. وهو هنا القرار الصادر عن المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية. فإذا كان الميعاد منتهيا بعطلة رسمية، امتد بقوة القانون إلى أول يوم عمل بعدها<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ في شأن ميعاد رفع الدعوى الدستورية -وهو ميعاد لا يرتبط إلا بالأحوال التي يكون فيها الدفع بعدم الدستورية محركا لهذه الدعوى- أن هذا الميعاد لا يعتبر من قبيل مواعيد السقوط التي يعرفها قانون المرافعات المدنية والتجارية مقيدا بها الحق في الدعوى أو الطعن، ومؤكد جريانها إلى أن تبلغ نهايتها دون أن تعترضها عوائق أيا كان نوعها، فلا يجوز وقفها أو انقطاعها. ذلك أن نقطة البداية في مواعيد السقوط جميعها أنها من عمل المشرع، فلا يكون نص القانون إلا مصدرا مباشرا لها.

<sup>(٢)</sup> وارتباطها بالحق في الدعوى أو الطعن مؤداه، انقضاء هذا الحق بانقضاء هذه المواعيد، فلا يعود بفواتها لهذا الحق من وجود.

ولا كذلك ميعاد رفع الدعوى الدستورية، إذ تقرره بنفسها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي ترخص برفعها، لأنها هي التي تحدده بحكمها.

ولا يحول الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم رفعها خلال الميعاد المحدد لها، دون حصول رافعها على ترخيص ثان من المحكمة أو الهيئة المعروض عليها النزاع، لرفعها من جديد.

كذلك فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يعتبر من قبيل الدفع التي لا تجوز إثارتها إلا أمام محكمة الموضوع، بل يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى أو الطعن، ولو أثر لأول مرة أمام محكمة النقض. ذلك أن الدفع التي لا يجوز إيدأؤها أمام محكمة النقض هي التي لا تتعلق بالنظام العام، أو التي تتعلق به وإنما يخالفها واقع ليس لها أن تخوض فيه إذا لم يكن الحكم

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦ "دستورية" -خطة ٣ فبراير ١٩٦٦-قاعدة رقم ٢٢-ص ٣٩٣ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

المطعون فيه قد تحراه. ولا كذلك الدفع بعدم دستورية نص قانوني مطروح تطبيقه في خصومة قضائية، ذلك أن المحاكم جميعها مقيدة بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ يلزمها بمراعاة مفهوم التدرج فيما بين القواعد القانونية ترجيحاً لأعلاها على أدناها، وتغليباً للدستور بالتالي على ما سواه من القواعد القانونية. ويؤيد هذا النظر، أن التعارض بين قاعدتين قانونيتين تزامناً فيما بينهما في مجال الفصل في الخصومة القضائية، يقتضي أطراح القاعدة الأدنى بقدر تعارضها مع القاعدة التي تعلوها.

فإذا كانت القاعدة الأعلى هي الدستور، كان على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تقوم لديها شبهة التعارض بين قاعدة قانونية يفترض تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وبين نص في الدستور، أن تمتثل مما إذا كان لهذه الشبهة أساس من الدستور. وسبيلها إلى ذلك إما أن تحيل القاعدة القانونية المدعى تعارضها مع الدستور، مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، لتقصل في دستورتها؛ وإما أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورية هذه القاعدة، بأن يقدم دعواه الدستورية فصلاً في اتفاقها أو تعارضها مع الدستور.

فإن هي لم تلجأ إلى أحد هذين الخيارين رغم قيام الشبهة لديها على مخالفة النصوص القانونية المفترض تطبيقها في النزاع المطروح عليها للدستور، فإن مضيقاً في نظر هذا النزاع، لا يعدو أن يكون تغليباً منها للقانون على الدستور.

فإذا تعلق الأمر بمحكمة النقض - التي اطرد قضاؤها زمناً طويلاً على أن الدفع بعدم الدستورية لا يجوز أن يثار لأول مرة أمامها باعتباره من الدفوع الموضوعية<sup>(١)</sup> - فإن انحيازها للقانون دون الدستور، مؤداه بالضرورة نقضها الحكم المطعون فيه لخطأ اعتراه في تطبيق أو تأويل النصوص القانونية التي طبقها هذا الحكم في النزاع، ولو قام الدليل على تعارض هذه النصوص مع الدستور.

(١) نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ - ملحق رقم ٤٠ سنة ٥٥ قضائية؛ ونقض ١٩٨٣/١٢/١٨ - ملحق رقم ١٤٣١ سنة ٥٠.

ويلاحظ أن محكمة النقض عدلت بعد ذلك عن هذا الإجراء بعد أن انقسمت دوافعها إلى مؤيد للطبيعة الموضوعية للدفع بعدم الدستورية وإلى معارض لها

وهي نتيجة لا يمكن القبول بها. ذلك أن خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون، مؤداه التزامها بالنزول على أحكامها وفقا لترتيبها في مدارج القواعد القانونية. والدستور على قمتها.

ثالثا: ويقابل حق المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعا، في أن تحيل بنفسها المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، حق هذه المحكمة نفسها -وعلى ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانونها- في التصدي لمستورية أي نص قانوني يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها.

وتلك هي رخصة التصدي التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن كل نزاع معروض عليها، سواء تعلق الأمر بمباشرتها لولايتها في مجال فض النزاع على الاختصاص أو التناقض بين الأحكام النهائية وفقا للمادتين ٣١ و٣٢<sup>(١)</sup> من قانونها، أو على صعيد فصلها في الخصومة الدستورية المطروحة عليها وفقا لنص المادة ٢٩ من هذا القانون. ولا تباشر المحكمة الدستورية هذه الرخصة إلا وفق الشروط التي حددتها بنفسها، وحاصلها:

١. أن تتصل النصوص القانونية التي تتصدى للفصل في دستورها، بنزاع يدخل في اختصاصها، ولا زال قائما أمامها.

ولا يصور أن يطرح نزاع عليها إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض بشأنها مصالح أطرافها. فلا نزاع أمام القضاء بغير خصومة يقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إنكاره. ولا يستقيم بالتالي معنى الخصومة القضائية، إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها، سواء لإثباتها أو نفيها. ومن ثم لا يدخل طلب التفسير التشريعي في مجال تطبيق نص المادة ٢٧ المشار إليها لتجوده من خصائص الخصومة القضائية.

٢. أن تتصل الخصومة الأصلية المطروحة عليها، بنص آخر يؤثر في المصلحة النهائية للخصومة الأصلية. ومن ثم تقوم علاقة حتمية بين أصل وفرع؛ فالأصل هو الخصومة المطروحة بداية على المحكمة الدستورية العليا للفصل في موضوعها. والفرع هو النص الآخر الذي عوض

(١) تنص المادة ٣١ من قانون المحكمة على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند ثانيا من المادة (٢٥). وتقضي المادة ٣١ بأن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين في الحالة المشار إليها في البند ثالثا من المادة (٢٥).

لها بمناسبة النظر في الخصومة الأصلية بشرط أن يكون من شأن الفصل في دستورية هذا النص، التأثير في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية. وهو مما دل عليه قانون المحكمة الدستورية العليا بإيجابه أن يتصل النص القانوني العارض بالنزاع المطروح أصلاً عليها. فإذا لم يكن للنص العارض بالنزاع المطروح أصلاً عليها. فإذا لم يكن للنص القانوني العارض من أثر على الخصومة الأصلية، فإن الفصل في دستوريته، يتجرد من كل فائدة عملية وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها.

٣. أن تقدر المحكمة الدستورية العليا من وجهة نظر مبدئية *Prima Facie* مخالفة النصوص التي تتصدى لها للدستور. وعليها بمجرد قيام هذه الشبهة لديها، أن تحيلها إلى هيئة المفوضين بها حتى تعد هذه الهيئة تقريرها في شأن اتفاقها أو تعارضها مع الدستور. ثم تحصل المحكمة الدستورية العليا بعد اتصالها بهذا التقرير، في بطلان النصوص القانونية التي أحالتها إلى هيئة المفوضين أو صحتها.

٤٢٢- وعلى ضوء هذه المفاهيم يبدو غريباً ما تصورته المحكمة الدستورية العليا في بدء نشأتها من أن حقها في التصدي يجوز أن يتعلق بنصوص قانونية لا تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة المطروحة أصلاً عليها؛ وفترضنا أن النصوص القانونية المشابهة في نصها وفحواها، للنصوص المطعون عليها في الخصومة الأصلية، هي التي تقيم الصلة بينها؛ وتتأسبجها أن الصلة المقصودة بنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، هي الصلة العملية التي يكون لها مردود على نطاق الترضية القضائية التي تقدمها المحكمة الدستورية العليا للمدعى في الخصومة الأصلية؛ وإعراضها كذلك عن حقيقة أن تصديها لنصوص قانونية للفصل في دستوريته وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها، ما كان ليؤثر أصلاً لو لم تكن هذه النصوص متصلة بالخصومة الأصلية بما يؤثر في بنيتها وكيفية جريانها، إذ هي خادمة لها وتطور من أبعادها<sup>(١)</sup>.

(١) في الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ ق التي صدر الحكم فيها -بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٢- قاعدة رقم ١٠ -ص ٥٦ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، كان النص المطعون بعدم دستورية هو نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة التي لم تجز الطعن في قرارات نقل أعضاء مجلس الدولة وتعيينهم أمام المحكمة الإدارية العليا. وإن حظر نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية كذلك الطعن في قرارات نقل رجال القضاء والنيابة العامة وتعيينهم أمام دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فقد وجدت المحكمة الدستورية العليا أن النصين متشابهين، ومن ثم قررت التصدي للنص الثاني لتساويه مع النص الأول.

٤. أن زوال الخصومة الأصلية يفيد بالضرورة انتفاء رخصة التصدي بعد أن لم يعد ثمة محل لإعمالها<sup>(١)</sup>.

٥. ولبيان حدود تطبيق نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، نفرض أن شخص طعن بعدم دستورية نص قانوني فرض ضريبة بالمخالفة للدستور. وعندئذ يحدد النص القانوني الذي فرض هذه الضريبة، نطاق الخصومة الأصلية القائمة أمام المحكمة. فإذا تبين للمحكمة من قراءة قانون الضريبة أن نصا آخر يمنع استردادها بمضى سنة من تاريخ دفعها، فإن النص المانع من استرداد الضريبة يشكل الخصومة الفرعية التي تتصل بالنزاع الأصلي المعروف على المحكمة. فإذا تصدت المحكمة للفصل في هذه الخصومة الفرعية، فذلك بالنظر إلى أن نتيجة الفصل في الخصومة الفرعية تؤثر بالضرورة في الخصومة الأصلية.

ذلك أن المدعى في الخصومة الأصلية لن يستفيد من الحكم الصادر بإبطال الضريبة إلا إذا استطاع استردادها. فلا يكون إبطال النص المانع من ردها إليه، إلا كافلا اجتناء المنفعة النهائية التي يتوخاها المدعى في الخصومة الأصلية من إبطال الضريبة التي فرضها المشرع بالمخالفة للدستور.

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٧٩٧ اتق تفسير\* -حسنة ٢١/١٠/١٩٩٥- قاعدة رقم ٢-ص ٨٢١ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



### المبحث التاسع

#### طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية

#### التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا

٤٢٣- على أن للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية طرائق أخرى في بعض السدول هي الدعوى الأصلية بعدم الدستورية؛ والأوامر الصادرة في شأن مشروعية احتجاز البدن؛ والأوامر التي تصدرها السلطة القضائية إلى السلطة التنفيذية، لتمنعها من تطبيق قانون معين، أو لتلتزمها بأداء عمل. ثم أخيراً نوع من الأحكام القضائية يصفونها بالأحكام التقريرية على تقدير أن غايتها مجرد بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها، وتعيين صاحبها.

### المطلب الأول

#### للدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٤٢٤- هي الطعن المباشر في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، ولو لم يجر تطبيقها في حق المدعى في الخصومة الدستورية، حتى يثار أمر إضرارها به بصورة فعلية.

وليس للدعوى الأصلية بعدم الدستورية كذلك من صلة بحقوق شخصية يكون رافعها قد طلبها في نزاع موضوعي، وإنما تنجرد الدعوى الأصلية من هذا النزاع، وكذلك من الحقوق التي ترتبط به فصلا في ثبوتها أو تخلفها.

ولم تجز المادتان ٢٧ و٢٩ قانون المحكمة الدستورية العليا، الطعن بطريق مباشر في النصوص المدعى مخالفتها للدستور. ذلك أن هاتين المادتين نظمتا طرائق اتصال الخصومة الدستورية بها، على الوجه الذي مر بيانه. وهي طرائق لا بديل عنها، ولا تفيد جواز الطعن بالطريق المباشر في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بقصد إبطالها إطلالا مجردا.

ولا يعتبر قصر الحق في الخصومة الدستورية على هذه الطرائق، إخلالاً بالحق في التقاضي، إذ هو حق غير مطلق، وإنما يجوز أن يخضع لضوابط لا تقيد بمبادئها أو بأبعادها - من جوهره<sup>(١)</sup>.

ومن صور الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أن تقام أمام المحكمة الدستورية العليا دعوى دستورية لم ترخص محكمة الموضوع برفعها إليها<sup>(٢)</sup>، أو أن يثار النعي بمخالفة نص قانوني للدستور لأول مرة أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup>.

٤٢٥- وأما كان طريق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإن المسائل الدستورية التي تواجهها، هي تلك التي ترتبط بنزاع قائم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي. بيد أن من ينامضون شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، يركزون على المهمة الخاصة Special function التي تتولاها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، والتي يبلورها ضرورة تطبيقها للقيود التي فرضها الدستور - وفي حدها الأدنى - على الأعمال التشريعية جميعها، وأن مهمتها هذه تمثل جوهر اختصاصاتها، وتكفل على الأخص صون القيم التي أحتضنها الدستور، والتي لا يجوز إهمالها؛ ولا تعليق إنفاذها على خصومة موضوعية يقيمها المدعى للدفاع عن مركزه القانوني الخاص.

وهم يؤسسون ذلك على أن الخصومة الدستورية تغاير الخصومة الموضوعية في بنائها وأهدافها. فلكل منهما مجال يتحدد به موضوعها، وأسلوب للفصل فيها، ومعايير تقتضيها غلبة الطبيعة الشخصية على الخصومة الموضوعية، والطبيعة العينية على الخصومة الدستورية. ولا يجوز بالتالي أن يكون وجود أولاهما قيداً على نشوء ثانيتهما. وهو ما يجعل لكل مواطن صفة مفترضة في تحريج النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو لم تتصل بنزاع موضوعي؛

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٢٥ - ص ٢٩٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة أول يناير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء السادس.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٨/١٣ - ص ٢٣٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومصلحة مفترضة في إسقاط هذه النصوص تطبيقاً لمبدأ الدستور. وهو ما نراه محل نظر. ذلك أن الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإن كانت تبلور تطوراً هاماً ورئيسياً في بنية الشريعة الدستورية، وكان بالإمكان تنظيم شروط رفعها بما يحول دون إساءة استخدامها، وعلى الأخص من جهة تحديد صور مباشرتها، وكذلك من يملكون الحق في تحريكها؛ إلا أن هذه الدعوى تظل استثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة التي تقتض قيام صلة منطقية بين المركز الخاص للمدعي في الخصومة الدستورية، والمسائل الدستورية التي طرحها الفصل فيها. وهي صلة يؤديها أن جهات القضاء على اختلافها، لا يعنىها غير تطبيق القوانين القائمة في مجال اتصال أحكامها بحقوق يطالبها أصحابها لأنفسهم لتعود عليهم فانتنتها، وإلا كان العنوان على الدستور فيما وراء هذه الحقوق، أدخل إلى المحاسبة السياسية التي لا شأن لها بالوظيفة القضائية.

هذا فضلاً عن أن المحكمة الدستورية العليا مقيدة طبقاً لقانونها بمراعاة شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط للفصل في الدعوى الدستورية. ويظل دوماً بيد المشرع أن يسقط هذا الشرط في كل تطبيقاته؛ أو أن يقرره كقاعدة مطلقة لا استثناء منها؛ أو أن يكفل بقاءه في أحوال دون أخرى، على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا -وكما كان التحقق من هذا الشرط مطلوباً منها وفق قانونها- تحديد مضمون المصلحة الشخصية المباشرة، وإن كان تزميتها في تحديد هذا المضمون لا يلبق بها بالنظر إلى آثاره السلبية على حقوق المواطنين وحرياتهم.

وأولى بها أن يكون اقتضاؤها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة متوازناً من خلال قيدر من المرونة والتجرد المنطقي في مجال تفسيره، وعلى الأخص عند هؤلاء الذين يرون أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتصل اتصال قرار بالرقابة على الشريعة الدستورية، ولا ترتبط بالضرورة بضوابط ممارستها. وإن قيل رداً عليهم بأن شرط المصلحة في الدعوى يرتبط بالحق فيها، وهو حق يملك المشرع تنظيمه بما لا يجرده من محتواه.

ويظل ثابتاً أن القوانين المنظمة للسلطة القضائية، لا تخول أحداً أن يلجأ أبولها دون فائدة عملية يجنيها من دعواه وفقاً للقانون، وإلا صار القضاء محراباً علمياً يتدارس فيه المتداعون أوضاع مجتمعهم، أو معبداً دينياً يباشرون فيه طقوس عقائدهم، لا إطاراً للفصل في خصوماتهم بقصد إيجاد حلول لها بما يصون الأمن الاجتماعي.

يؤيد هذا النظر، أنه حتى عندما اتخذت الرقابة على الشرعية الدستورية شكل رقابة الإمتناع عن تطبيق النصوص القانونية المخالفة للدستور، دون الحكم بإبطالها؛ فإن مجال هذه الرقابة كان منحصرا في الفصل في دستورية النصوص القانونية التي يراد تطبيقها في نزاع موضوعي فصلا في حقوق يراد إثباتها، ويعارضها خصماء يسمعون لنفيها.

### المطلب الثاني

#### الأوامر المتعلقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن Writs of Habeas Corpus

٤٦٦- قد تفوض السلطة التشريعية السلطة القضائية في أن تفصل من خلال أوامر تصدرها في مشروعية احتجاز البدن. وهذا الإجراء يخول كل شخص أدين عن جريمة أو احتجز بدون حق، أن ينازع في مشروعية أو دستورية تقييد حريته، وأن يقيم منازعته هذه على الدعائم التي تؤيدها، والتي يندرج تحتها، أن يكون قد أدين بناء على نصوص اتهام تتناقض الدستور؛ أو لأن قضاء الحكم صدر عن محكمة لا ولاية لها بنظر الدعوى الجنائية؛ أو لها ولاية-نظرها ولكن الحكم الصادر فيها أهدر حقوق المتهم التي كفلها الدستور، كذلك التي تتعلق بمواجهته بالتهمة بكل الوسائل القانونية.

ومنذ تاجنا كارثا، كان صون الحرية الشخصية من المسائل المفروغ منها؛ وكان الفصل في مشروعية احتجاز البدن من الحقوق التي يملكها كل بريطاني في إنجلترا باعتباره إجراء عاجلا وفعالا في اختبار ما إذا كان احتجازه موافقا أو مخالفا للقانون والدستور<sup>(١)</sup>. ونظر آباء الدستور الأمريكي إلى الحق في تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع باعتباره أعلى ضمانات لصون الحرية<sup>(٢)</sup> وأفضل امتياز لا يجوز وقفه إلا لضرورة تتعلق بصون الأمن العام في حالة العصيان أو الغزو<sup>(٣)</sup> Cases of rebellion or invasion.

(١) Habeas Corpus Act of 1679.

(٢) Smith v. Bennett, 365 U.S. 708 (1961).

(٣) انظر الفصل التاسع من المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

٤٢٧- وعلى امتداد العصور، صار هذا الامتياز، القانون للعام للحرية، بما يخول المحاكم استدعاء السجناء والتحقيق في مشروعية احتباسهم، وإلا تحين الإخراج عنهم. وقررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في عبارة قاطعة، ضرورة صون هذا الامتياز من كل العوائق باعتبار أن ضمانه يعتبر واجبا حيويا<sup>(١)</sup>.

ومنذ ١٨٦٧ تقرر تطبيق ذلك الامتياز في أمريكا على الصعيد الفيدرالي لضمان إطلاق سراح السجناء الذين احتجزتهم السلطة المحلية في الولاية بالمخالفة للدستور الفيدرالي أو القوانين أو المعاهدات الفيدرالية، على أن يتم تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع حال الإخلال بالحقوق الأساسية للإنسان، وعلى الأخص تلك المنصوص عليها في الدستور الفيدرالي<sup>(٢)</sup> سواء كان الشخص محتجزا في ولاية، أو عن طريق السلطة الفيدرالية.

ذلك أن التدخل في حريته بما يهدر هذه الحقوق -ويندرج تحتها حق الشخص ألا يحاكم عن ذات التهمة أكثر من مرة، وفي أن يحصل على مشورة محام<sup>(٣)</sup>- عدوان عليها يتعين أن تعمل السلطة القضائية الفيدرالية، على رده عن كل مواطن، ولو كان مقيما في ولاية، محتجزا في سجونها أو معتقلا بها، وبشرط ألا يصدر أمر الإخراج عن السلطة الفيدرالية إلا إذا استند المظلم الوسائل التي توفرها الولاية، والتي يقرر على ضوءها ما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

فإذا لم يكن ثمة وجود لهذه الوسائل أصلا في الولاية، Non-existent أو كانت هذه الوسائل غير ملائمة بصورة ظاهرة Clearly inadequate، أو لا تزيد عن مجرد آمال زائفة لا طائل من ورائها في رد الحرية المقيدة إلى أصحابها، Nothing but a procedural morass offering no substantial hope for relief أو كان الدليل على بطلان تقييد الحرية سواء عن طريق السجن أو الاحتجاز غير المشروع، قد ظهر بعد انقضاء المواعيد التي حددتها قوانين السلطة المحلية

(١) Bowen v. Johnston 306 U.S. 19, 26, 83 (1939).

(٢) Rogers v. Peck, 199 U.S. 425 (1905).

(٣) Re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889); Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

لمراجعتها في إجراءاتها؛ أو كان السجن أو الاحتجاز في الولاية قد تم بناء على أوامر من السلطة الفيدرالية -بما في ذلك محاكمها- فإن استنفاد الوسائل المحلية لا يكون مطلوباً<sup>(١)</sup>.

٤٢٨- وما تقدم مؤداه أن الأمر القضائي الفيدرالي بإنهاء الاحتجاز غير المشروع، قد يتعلق بأشخاص أدانتهم المحاكم الفيدرالية، أو بأشخاص محتجزين في ولاية بدون حق، وذلك سواء كان تقييد الحرية في الحالتين ناجماً على الأخص عن مخالفة نص التعديل الرابع للدستور الأمريكي الذي يؤمن الناس في أشخاصهم ومنازلهم وأوراقهم وممتلكاتهم، ضد التفتيش والقبض غير المشروع؛ أم كان مترتباً على مخالفة التعديل الرابع عشر لهذا الدستور الذي يحظر على أية ولاية حرمان أي شخص من الحق في الحياة أو من ملكيته أو من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup> The due process of Law.

وكذلك إذا نقض الاعتقال أو الاحتجاز أو غيرهما من صور تقييد الحرية، حق الشخص في محاكمة سريعة منصفة؛ وفي ألا تقام ضده دعوى جنائية قبل اتهامه من هيئة المحلفين العليا إذا كان صدور الاتهام على هذا النحو مقرر قانوناً<sup>(٣)</sup>. وللمحاكم الفيدرالية في حدود سلطاتها التقديرية، أن تسقط حق الشخص في الانتفاع من امتياز تحرير البدن من القيود، إذا وجدت دلائل كافية على أن لاحتجازه وجهاً مشروعاً، ولو كان قرار الاحتجاز مشوباً بالخطأ. وكذلك إذا قد تعدد مجاوزة الإجراءات المعمول بها في محاكم الولاية، وصار بالتالي بفعله الترضية القسرية تمنحها هذه المحاكم.

(١) Morino v. Ragen, 332 U.S. 561 (1947); Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963).

ويلاحظ أن لكل شخص رفض تغير حق طلبه بالإفراج عنه بكفالة، أن يتمسك بامتياز تحرير البدن من القيود ليُدفع تلك الكفالة، ويؤمن بها إطلاق سراحه. ولا يجوز في المحاكمة الجنائية أن يتمسك شخص بهذا الامتياز قبل المحاكمة ولو ادعى مخالفة القانون الذي أتته بمقتضاء الدستور إذ يتعين أولاً أن تتم محاكمته في إطار سيرها الطبيعي، وأن يستند كل الوسائل المحلية لضمان الإفراج عنه، فإن لم تجد نفعا كان له عندئذ التمسك بضمانة تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Johnson v. Hoy, 227 U.S. 245 (1913).

(٢) Antieau, Modern Constitutional law, volume one, 1969, pp. 435-441.

(٣) Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 409 (1963); Ey parte Bain, 121 U.S. 1, 30 (1887).

ولئن كان حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المبرر، يخول السلطة القضائية الفيدرالية أن تجل بصرها في مشروعية الاحتجاز؛ وكان الدستور الأمريكي قد خلا من كل نص يودع هذا الاختصاص في المحاكم الفيدرالية دون غيرها، إلا أنها تفسر مباشرتها إياه على وجه الأفراد، بالسلطة المخولة لها بمقتضى التنظيم القضائي الصادر في ١٧٨٩ وهو تنظيم يخول المحاكم الفيدرالية التحقق من مشروعية احتجاز الأشخاص المعقّدة حريتهم وفقاً لقوانين أية ولاية.

ولا يلزم أن يكون هؤلاء الأشخاص مسجونين، بل يكفي أن يكون إطلاق سراحهم مقيداً بشرط الكفالة، أو بشرط المراقبة، أو بخير ذلك من القيود التي لا يندرج في إطارها ما يدعيه المتهم من أن الأدلة على ثبوت الجريمة التي اتهم بها ودين بسببها، غير كافية<sup>(١)</sup>.

ولا يرتبط الاحتجاز غير المشروع، بالاعتقال أو بالإيداع في مخفر. فالأشخاص المودعون في مصحة عقلية بالنظر إلى جنونهم أو لعامة في العقل أصابتهم، يشملهم امتياز تحرير البدن، ويجوز بالتالي إنهاء احتباسهم إذا كان إيداعهم في هذه المصحة باطلاً أصلاً، أو كسباً صحيحاً ابتداءً ثم طرأت عناصر واقعية تحتم الإفراج عنهم. فالمجنون قد يحتجز في مصحة عقلية بناءً على سند قانوني Legal Foundation إذا فقد عقله. فإذا أفاق من جنونه، دل ذلك على أن تغييراً واقعياً طرأ على حالته A factual foundation بما يسوغ إنهاء احتجازه. ذلك أن الأثر المباشر لاحتجاز قام الدليل -قانوناً أو واقعا- على بطلانه، هو إنهائه<sup>(٢)</sup>.

ويجوز كذلك الإفراج عن الأشخاص الذين أمدنوا تعاطى الخمور، إذا كان احتجازهم في الأماكن التي أودعوا بها، قد تم جبراً عنهم، وبالمخالفة ل ضماناتهم المقررة قانوناً، والتي تنفيها التحقق من حالتهم، ودرجة خطورتهم على الأمن العام.

ولا يجوز بالتالي اللجوء إلى نظام تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Habeas Corpus إذا كان ما توخاه الطاعن، هو الفصل في مسائل قانونية ليس من شأنها إنهاء هذا الاحتجاز فوراً، ولو قضى فيها لمصلحته.

(١) Stallings v. Splain, 253 U.S.339 (1920); Harlan v. McGourin, 218 U.S. 442 (1910).

(٢) Antieau, ibid, p. 442.

ذلك أن الوظيفة الوحيدة لتحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، هي إطلاق سراح المحتجز دون إبطاء، ومع ملاحظة أنه حتى لو أطلق سراح المعتقل بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، فإن لهذه العقوبة آثارا جانبية Collateral Consequences تسوغ إنسائها من خلال الطعن على الحكم الصادر بالعقوبة للفصل في دستوريته.

وليس تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، نظاما بديلا عن الطعن استثنائيا في الحكم؛ ولا طريقا لمراجعة أخطائه وتصويبها، ما لم يكن من شأن هذه الأخطاء -حال ثبوتها- أن تصير عملية الاحتجاز بكل جوانبها عملا غير مشروع وفقا للقوانين الفيدرالية.

وتتحدد مشروعية هذا العمل في كل قضية بالنظر إلى واقعاتها، وعلى ضوء حكم القانون فيها<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أخيرا أن الدستور الأمريكي وإن أجاز وقف امتياز تحرير البدن من الاحتجاز غير المبرر في حالتي الغزو والعصيان، إلا أن الكونجرس وحده هو الذي يملك هذه السلطة، فلا تبأشرها السلطة التنفيذية بغير تفويض من الكونجرس، ولآجال محددة، وفي مواجهة أوضاع بعينها يكون زوالها منهيًا وقف هذا الامتياز.

(١) Whitley v. Warden, 401 U.S. 560, 569 (1971).

تصدر المحاكم الفيدرالية أمرها بالإفراج فورا عن الشخص الذي ثبت بطلان احتجازه واقعا وقانونا ما لم تقرر سلطة الاتهام إعادة محاكمته خلال فترة زمنية محددة.

The Constitution of the United States. Analysis and Interpretation, 1996, p.641.



### المطلب الثالث

#### الأوامر الوقائية Injunctions (١)

٤٢٩- كان نطق إصدار هذه الأوامر، injunctions محدوداً لول الأمر، وحذراً، ثم صار اليوم عريض الاتساع خاصة على صعيد علائق العمل والتجارة، وكذلك فيما يختص بالشئون المالية La Fiscalité. ذلك أن هذه الأوامر تبلور صورة من الترضية الوقائية أو العلاجية، غايها أصلاً ردع السلطة التقنيّة عن تصرفاتها في مقبل الأيام. فلا شأن لها بلووضع منقضية. ومن ثم تتوخى هذه الأوامر منعها من أداء أعمال تهدد بها، أو تعطن عن عزمها القيام بها، أو تكليفها بالامتناع عن المضي فيها، أو إلزامها بأن تزيل أضراراً أحدثتها، أو تصحح أخطاء ارتكبتها (٢).

### المطلب الرابع

#### الأحكام التقريرية Declaratory Judgments (٣)

٤٣٠- وإذا كان مخطوفاً على جهة الرقابة على الدستورية، أن تقدم نصيحته إلى السلطتين التشريعية والتقنيّة إذا استشارتها إحداهما في مسائل من طبيعة مجردة، أو فرضية، أو غير محققة Abstract, Hypothetical and Contingent questions ضمناً لأن تنقيحاً بحجود

(١) عرف قاموس Black في ص ٧٨٤ من الطبعة السادسة (١٩٩٠) أوامر المنع بأنها تلك التي تصدر عن محكمة بقصد منع شخص من القيام بعمل معين، أو تكليفه بأن يزيل خطأ أو ضرراً.

A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or inquiry

وهي بذلك تمنع شخصاً من إتيان عمل يهدد به أو يتجه لارتكابه. وقد يكون هدفها كبحه عن الاستمرار فيه. ويصدر هذا الأمر لصالح لصالح شخص Inpersonum متطلب من الشخص الذي وجهت إليه بأداء أو الامتناع عن أداء أي شيء محدد. ولا تتعلق هذه الأوامر في كل صورها بأخطاء منقضية وإنما بأفعال مستقبلية. ومن ثم تتحصن عن أوامر تستهدف توقي الضرر والمنع Preventive remedy.

(٢) Charles Debboch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, p.86.

(٣) يعرفها Black في ص ٤٠٩ من قلموسه القانوني السابق بأنها إجراء يتوخى به المدعي في دعوى بجوز الفصل قضائياً فيها، مجرد تحديد مركزه وحقوقه القانونية المتعلقة بها.

Statutory remedy for the determination of a justiciable cotroversy where the plaintiff is in doubt as to his legal rights.

وظيفتها القضائية<sup>(١)</sup>، التي لا تتعلق إلا بمسائل بلورها خصماء يتنازعون عليها، وتتصادم مصالحهم بشأنها، بما يحدد جوانبها وزواياها المختلفة على نحو يبصر جهة الرقابة على الدستورية بها، ويحيطها بعناصرها وتعدد أوجهها<sup>(٢)</sup> Multi- faced situations؛ وكان تعلق الخصومة الدستورية بحقوق يتصارع أطرافها عليها، ويحددون أبعادها، ويفصلون وقائعها، ويقيمون حججها، يضيئونها، ويحدد كذلك لجهة الرقابة القضائية على الدستور نقاط التوافق والتعارض في الحقوق المتنازع عليها؛ فإن هذه الخصومة -بخصائصها تلك- تكون مدخلا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها<sup>(٣)</sup>.

على أن المدعى في الخصومة الدستورية يكون عادة بالخيار بين أمرين: فهو إما أن يطلب إلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية متوخيا بها رد عدوان على حقوق متنازع عليها في هذه الخصومة من خلال ترضية قضائية تزيل الآثار المترتبة على الإخلال بها بصفة كاملة ونهائية. وهذه هي الترضية القضائية في صورتها التقليدية، وإما أن يقصر طلبه في دعوى يقيّمها على مجرد تقرير ما إذا كان محقا فيها.

وهذه هي الترضية القضائية التي تكفلها جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن طريق إصدارها حكما تقريريا لا يبطل النصوص القانونية المطعون عليها، ولا يجردها من أثارها، ولا يعطل قوة نفاذها، وإنما يقتصر على مجرد تقرير اتفاقها أو تعارضها مع الدستور، دون زيادة أو نقصان. كأن يتحوط أحد الممولين في مواجهة ضريبة فرضها المشرع بالمخالفة للدستور، فلا يقيم الخصومة الدستورية لإبطالها، وإنهاء أثارها، من خلال إعدام النصوص القانونية التي أنشأتها، وإنما يقتصر طلبه على دعوة جهة الرقابة على الدستورية لأن تقرر من خلال الخصومة

(١) Willing v. Chicago Auditorium Association, 277 U.S. 274 (1928).

(٢) United States v. Freuhauf, 365 U.S. 146 (1961).

(٣) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إن عبارة الخصومة الدستورية، مكونة من كلمتين وتبليور قيتين، وإن تكاملا. إلا أنهما مختلفين. فمن ناحية مودى هاتين الكلمتين إلزام المحاكم بالألا تفصل في غير خصومة تبلغ حدة النزاع فيها أيمادا حقيقية، ويكون موضوعها قابلا للفصل فيه ومن ناحية أخرى فإن هاتين الكلمتين تفصلان الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية والتنفيذية، وتحولان دون أن تقم المحاكم نفسها في أعمال عهد الدستور بها إلى هاتين السلطتين.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, 94-97 (1968).

التي رفعها، اتفاق هذه الضريبة خصائصها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه. وعلى الهيئة القائمة على تنفيذ قانون الضريبة، أن تترصد الحكم الصادر في هذا النزاع، وإلا كان مضيقا في تطبيق هذا القانون قبل ذلك الحكم، عملا مخالفا للدستور.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الطعن على ذلك القانون لا يعتبر كالنقض بعدم الدستورية وسيلة دفاع في خصومة قضائية قائمة، إذ هو طعن مباشر على نصوص قانونية نافذة. ولا يعتبر الحكم الصادر في هذا الطعن من قبيل الآراء الاستشارية التي تقدمها جهة الرقابة على الدستورية إلى السلطة التي تطلبها منها في شأن مسائل دستورية تطرحها عليها في صورة مجردة. وإنما يعتبر هذا الحكم صادرا في خصومة بمعنى الكلمة<sup>(١)</sup>، مقررا ما لكل من أطرافها من حقوق اختلفوا عليها فيما بينهم. ويظل الحكم تفريريا، ولو كان بالإمكان الحصول على ترضية قضائية من وجه آخر.

ومن ثم تفارق الأحكام التقريرية، الآراء الاستشارية من جهة خصائصها وأثارها، ولكنها تتوافق معها من زاوية امتناع تنفيذها بالوسائل الجبرية Execution by Coercive Order<sup>(٢)</sup>.

ولئن جاز القول بأن الأصل في النصوص القانونية المطعون عليها في الخصومة الدستورية، أن يكون تجريحها وإدعاء مخالفتها للدستور من خلال دفع يطرح كوسيلة دفاع في نزاع موضوعي، إلا أن الخصومة الدستورية التي يكون موضوعها إصدار حكم يقتصر على بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها بما يثبتها لأصحابها، أو ينفيها عن يدعونها، تتحلل في مضمونها إلى طعن مباشر على النصوص القانونية التي تتعلق بها هذه الحقوق.

وقد عارض القضاء الأمريكي في البداية إصدار أحكام تفريرية بوصفها قضاءا شبيها بالآراء الاستشارية صادرا في غير خصومة حقيقية، بما يخرجها عن إطار الوظيفة القضائية؛ إلا أن هذا القضاء انحاز بعد تردد إلى مفهوم الأحكام التقريرية. ومن ثم أصدر الكونجرس الأمريكي تشريعا ينظمها، ويحول السلطة القضائية الفيدرالية حق إصدارها بشرط أن تقيمها على وقائع

(١) Albama state federation of labor v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945).

(٢) أنظر في ذلك نورمان رنلت؛ وبرنارد شوارتز؛ وجون أنتاسيو في ص ٢٢، ٢٣ من طبعة ١٩٩٧ من مؤلفهم:

ثابتة Established Facts Upon، قائمة في خصومة قضائية يقتصر محلها على بيان حقوق أطرافها، ولو كان في نيتهم الحصول فيما بعد على ترصية قضائية إضافية، أو كان يومئذهم الحصول عليها<sup>(١)</sup>.

Whether or not further relief is or could be sought.

وتطبق هذه الشروط في شأن الأحكام التقريرية، موداه أن الحق في إصدارها ليس من الحقوق المطلقة، وإنما يجوز أن يقيد المشرع إصدارها بما يراه ضروريا أو ملائما من القيود، كان بمنعها إذا كان هدفها تعويق تحصيل ضريبة فرضها<sup>(٢)</sup>، وكان يشترط محكمة ثلاثية التشكيل لإصدارها إذا تعلق موضوع الأمر بتحديد الأسعار<sup>(٣)</sup> أو بمنازعات العمال<sup>(٤)</sup>.

(١) NASHVILLE, C. V. WALLACE, 288 U.S. 249 (1933).

وتتخلص وقائع هذه القضية في أن المحكمة العليا للولايات المتحدة، كانت قد قبلت مراجعة حكم تقريري أصدرته إحدى الولايات. وقد قضت المحكمة العليا بجواز إصدار هذا الحكم مستندة في ذلك إلى وقائع القضية وحاصلها أن شركة كانت مهتدة بضريبة تدعى مخالفتها للدستور من جهة عبثها على تدفق التجارة بين الولايات، وأن مثل هذا النزاع لا يعتبر فرضيا، بل واقعا، وأن حق محاكم الولايات في إصدار أحكام تقريرية، مقيد بطلب المدعين حقوقا يتمسكون بها ويعارضهم المدعي عليهم في استحقاقهم لها.

See also, E.g., Currin v. Wallace, 306 U.S. 1 (1939); Ashwander v. TVA, U.S. 288 (1936); Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202 (1958).

(٢) 26 U.S.C. S 7421 (a).

(٣) Lockerty v. Phillips, 319 U.S. 182 (1943).

(٤) See F. Frankfurter and I. Grean, The Labor Injunction (New York; 1930).

### المبحث العاشر

#### عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر

#### المحكمة الأدنى قراراً نهائياً فيها

٤٣١- تنوزع الرقابة القضائية على الدستورية في الدول الفيدرالية بين السلطة القضائية الاتحادية من جهة، والسلطة القضائية المحلية في النطاق الإقليمي لكل ولاية من جهة أخرى. ومن ثم لا تتركز هذه الرقابة في محكمة واحدة تملو النظام القضائي بكل مفرداته. وإنما تباشر المحكمة الاتحادية الأعلى في ربوع الاتحاد جميعها، رقابتها على المحاكم الأدنى بوصفها درجة استئنافية.

وشروط ذلك أن تصدر المحكمة الأدنى قراراً نهائياً في الخصومة المطروحة عليها. ولا يكون القرار كذلك إلا إذا كان فاصلاً بصفة قطعية في حقوق أطرافها، وبما يقيدهم جميعاً بمضمونه. فإذا كان القرار غير ملزم لهم، أو كان نفاذه معلقاً على تصديق جهة إدارية، أو كان غير فاصل في الحقوق المدعى بها سواء بإثباتها أو بنفيها، فإن المحكمة الاتحادية الأعلى لا تباشر رقابتها على الخصومة التي نظرتها المحكمة الأدنى.

وليس شرطاً لنهائية القرار الصادر في هذه الخصومة، أن يكون قابلاً للتنفيذ جبراً. ذلك أن قابلية الأحكام القضائية لتنفيذها جبراً، وإن كان أصلاً فيها يلزم الصورة الطبيعية لمجرأها، إلا أن من الأحكام القضائية كالأحكام التقريرية، ما يقتصر على مجرد الفصل فيما إذا كان المدعى محقاً أو غير محق في دعواه. ومن ثم لا تعتبر خاصية تنفيذ الأحكام جبراً، جزءاً من مكوناتها، ولا عنصراً جوهرياً في الوظيفة القضائية<sup>(١)</sup>.

While the Ordinary course of judicial procedure results in a judgment requiring an award of process or execution to carry it into effect, such relief is not an indispensable adjunct to the exercise of the judicial function.

ومن المقرر قانوناً أن لكل ولاية السلطة التي تخولها أن تحدد بنفسها طرائق اتصال المسائل الدستورية بمحاكمها، وكيفية مناقشتها، وأحوال الطعن استئنافياً في الحكم الصادر فيها.

(١) Nashville C, and St. L.Ry v. Wallace, 288 U.S. 249, (1933).

ولا يجوز بالتالي أن يؤثر خصم أمام محاكمها مسائل دستورية إلا وفق القواعد الإجرائية التي فرضتها تشريعاتها كإطار للفصل فيها، وإلا اعتبر متخلياً عن الحقوق الفيدرالية التي يدعي الإخلال بها. وإلى المحكمة الفيدرالية الأعلى في ربوع الاتحاد، يعود أمر الفصل فيما إذا كان عدم تقيد الخصم بالقواعد الإجرائية التي فرضتها للولاية للحصول على الحقوق الفيدرالية، يعتبر تخلياً عنها<sup>(١)</sup>. ذلك أنه مما ينافي التخلي عن هذه الحقوق، أن تنقتر القواعد الإجرائية التي حددتها الولاية لاقتضاءها، إلى الحد الأدنى من الفرص المعقولة للحصول عليها، كسماع أقوال الخصم وتحقيق دفاعه.

وللولاية بالتالي أن تجعل إثارة المسائل للدستورية مقصورة على وسيلة دون أخرى، أو في مرحلة زمنية معينة. فذلك مما يدخل في سلطتها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين دوماً أن يحدد الخصم بصورة جلية المسائل الفيدرالية التي طرحها على محاكم الولاية للفصل فيها، وأن يبين كذلك أسسها بما لا تجهيل فيه، حتى تبصرها محكمة الولاية بأسكر قدر من التحديد، وفي الوقت الملائم لعرضها.

وينبغي أن يلاحظ أن للكونجرس السلطة الكاملة التي يقرر بها اختصاص المحاكم الفيدرالية دون غيرها بالفصل في المسائل الفيدرالية، ويندرج تحتها سلطته في نقل المسائل الفيدرالية من محاكم الولاية إلى المحاكم الفيدرالية، كلما وجد ذلك ملائماً.

٤٣٢- وما تقدم مؤداه: أن القضاء الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية، لا يختص بمراجعة قضاء الولاية إلا إذا صدر حكم عذها في المسائل الفيدرالية. أما المسائل المحلية للولاية، فلا شأن للقضاء الفيدرالي بها، وهو ما يكفل لكل ولاية استقلالها قضائياً وتشريعياً. وكان منطقياً بالتالي أن تحظر القوانين الفيدرالية على المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تفصل في مسائل محلية تتعلق بالولاية، كالفصل في مشروعية قراراتها الصادرة وفقاً للنظم المعمول بها فيها. وحتى بالنسبة إلى المسائل الفيدرالية، فإن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لا اختصاص لها بنظرها، إذا قام الحكم الصادر في الولاية على دعامين إحداهما فيدرالية وأخرهما

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 ( 1948).

(٢) Williams v.Georgia 349 U.S. 375, (1955).

غير فيدرالية، وذلك بشرط أن يكون للدعامة غير الفيدرالية ذاتيتها واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية بما يسوغ عقلا فصلها عنها؛ وأن تكون الدعامة غير الفيدرالية ملائمة وكافية وحدها لتأسيس قضاء الحكم عليها.

ويعتبر شرط ملائمة الدعامة غير الفيدرالية، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية، ضمانا لحماية مصلحة الولاية في تطبيق وتطوير تشريعاتها الإجرائية والموضوعية.

فلو أن حكما صدر لمصلحة المتهم بناء على كل من دستور الولاية ودستور الاتحاد، فإن مراجعة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لهذا الحكم، لا تجوز نزولا منها على قواعد توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الولايات من جهة، والقضاء الفيدرالي من جهة أخرى. ذلك أن هذه القواعد بضوابطها تتوخى ما يأتي:

١. ضمان استقلال قوانين الولايات وتوكيد ذاتيتها، بما في ذلك تطبيقها لسماتيرها المحلية التي قد توفر لمواطنيها حقوقا أكثر شمولاً من تلك التي ينص عليها دستور الاتحاد.
٢. ضمان سمو القوانين الفيدرالية وتوحيد تطبيقاتها من خلال تقويم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، لأخطاء محاكم الولاية في شأن الأسس الفيدرالية التي تقم أحكامها عليها.
٣. دعم النظام السياسي في الولاية من خلال تحية أحكامها القائمة على تطبيق القوانين الفيدرالية بما يناقض قواعدها.

على أن القرينة تعمل دائما في اتجاه تخويل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سلطة مراجعة قضاء الولاية إذا كان الحكم الصادر فيها يرتكز بصفة رئيسية على القانون الفيدرالي؛ أو يزوج بين القوانين الفيدرالية والقوانين المحلية، وكان ظاهر الحكم لا يدل على ملائمة الدعامة غير الفيدرالية التي استند إليها، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية. وهو ما يتحقق إذا صدر الحكم بافتراض أن مضمونه لا يناقض القوانين الفيدرالية، وإنما يطابقها<sup>(١)</sup>.

(١) Michigan v. Long 463 U.S. 1032 (1983)

وينبغي أن يلاحظ أن القوانين الإجرائية المعمول بها في الولاية، هي التي تحدد الكيفية التي تقدم بها المسائل الفيدرالية إلى محاكم الولاية، ما لم يكن القانون الفيدرالي الموضوعي قد قرن اقتضاء الحقوق الفيدرالية بتحديد القواعد الإجرائية المطلقة بطلبها والتداعي بشأنها.

فإذا لم يلتزم المدعى في الخصومة الدستورية بالقواعد الإجرائية التي حددتها قوانين الولاية أصلاً للنظر في المسائل الفيدرالية، فإن محكمة الولاية قد تقضي ضده بغير خوض من جانبها في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها.

وتفصل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -وباعتبارها السلطة النهائية التي تحدد ما يدخل في ولايتها- فيما إذا كانت المسألة الفيدرالية قد تم عرضها على محكمة الولاية بصورة كافية وسليمة، وذلك حتى لا تخل مصلحة الولاية في تطبيق قواعدها الإجرائية، بالأسس المنطقية لعرض المسائل الفيدرالية عليها.

فإذا كانت القواعد الإجرائية في الولاية جديدة كل الجدة بحيث لم تنح للمدعى في الخصومة الدستورية فرصة حقيقية للخضوع لها، فإن استيفاء لهذه القواعد لا يكون مطلوباً كشرط للنظر في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها<sup>(١)</sup>. وكذلك الأمر إذا كان تطبيق محاكم الولاية لقواعدها الإجرائية خاضعاً لمطلق تقديرها<sup>(٢)</sup> أو كان تطبيقها يفرض قيوداً ثقيلة الوطأة على الحقوق الفيدرالية بما يعرف -وفي غير مصلحة ظاهرة للولاية- فرص الحصول على هذه الحقوق<sup>(٣)</sup>.

(١) *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85 ( 1955); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson* , 357 U.S. 449, 457 (1958).

(٢) *Williams v. Georgia* , 349 U.S. 375 (1955).

(٣) *Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443 (1965).



### المبحث الحادى عشر

#### امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر لرافعها

#### فيها مصلحة شخصية مباشرة

٤٣٣- يركز شرط المصلحة الشخصية المباشرة على من يقيم الخصومة الدستورية طلباً لحقوق يدعيها أمام قضاء الشرعية الدستورية<sup>(١)</sup>. إذ يتعين على المدعى فيها أن يثبّط أولاً على أن ضرراً واقعياً Injury in Fact قد أصابه فعلاً من جراء تطبيق النصوص القانونية المطعون عليها في حقّه؛ أو أن هذا الضرر يهدده من وراء هذه النصوص المظنون مخالفتها للدستور. وعليه أن يبين كذلك أن هذه الأضرار الواقعية ناجمة عن النصوص القانونية المطعون عليها لتكون هذه النصوص سببها أو مصدرها Causation Requirement، وأن بالإمكان تسوية الأضرار التي أحدثتها فعلاً أو التي تهدده عقلاً، من خلال ترضية قضائية تركها وتحيط بها، وتقدم الوسائل الملائمة لجبرها Redressability.

٤٣٤- وهذه الشروط جميعها والتي تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، هي التي جمعتها المحكمة الدستورية العليا بقولها.

>شرط المصلحة الشخصية المباشرة- يتفيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فى الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية وتصوراتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها فى تلك الخصومة القضائية، ويرسم تخوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التى يؤثر فيها الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعى، وبالقدر اللازم للفصل فيها. ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يهددهم، أم كان قد وقع فعلاً. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التى يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائداً فى مصدره إلى النص

(١) تركز الخصومة الدستورية بصفة رئيسية على الطرف الذى يسمى للحصول على الترضية القضائية من المحكمة، وبصفة ثانوية على المسائل الدستورية التى يطرحها عليها للفصل فيها. وتلك خاصية جوهرية يتميز بها شرط المصلحة عن غيره من العناصر التى يرتبط بها -تضالياً- الفصل فى هذه الخصومة.

Flast v.Cohen, 392 U.S. 83, 99 (1968).

المطعون عليه. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، إن يحقق للمدعى لية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها. ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعنيهم بوجه عام، أو أن تكون نافذة يعرضون من خلالها آلوأنا من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية بطرحونها لأبائتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بنواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحررياتهم وأموالهم - بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عنها تراخياً. ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهائياً، وأن تدور وجوباً وهدماً مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكناً إبراكها لتكون لها ذاتيتها.

ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو منتحلاً أو مجوداً *In abstracto* أو يقوم على الافتراض، أو التخمين *Conjectural*.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لنفعها عنه، لا ليؤزم بدعواه الدستورية - وكأصل عام - حقوق الآخرين ومصلحتهم، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه *In Concreto*.

٤٣٥- والتزاماً بهذا الإطار، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطقها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وبين كذلك من قضاء هذه المحكمة أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتحقق إلا بتوافر شرطين أو عنصرين يتكاملان معا في تحديد مفهومها:

أولهما: أن يقيم المدعى في الخصومة الدستورية -وفي حدود الصفة التي اختصم بها النصوص المطعون عليها- الدليل على أن ضررا واقعا قد أصابه من جراء تطبيق هذه النصوص في حقه. ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا، وأن يستقل بعناصره، وأن يكون بالإمكان إدراكها ومواجهتها بالترضية القضائية.

ثانيهما: أن تعود الأضرار المدعى بها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تكون هذه النصوص إلا سببها؛ وإلها ترد هذه الأضرار باعتبار أنها هي التي أحدثتها ورتبتها.

وتلك هي علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية المطعون عليها باعتبارها أداة تحقيق هذه الأضرار<sup>(١)</sup>.

وتتحقق جهة الرقابة على الدستورية بنفسها من توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتباره من الشروط الجوهرية التي لا تغيب الخصومة الدستورية في غيبتها. ويبلور هذا الشرط كذلك فكرة الخصومة في الدعوى الدستورية؛ ويؤكد حدة التناقض بين مصالح أطرافها، طلبا لحقوق بذواتها تتمثل فيها المنفعة القانونية التي أقام المدعى دعواه لاقتضاءها. ومن ثم يكون الحصول على هذه الحقوق غاية نهائية لهذه الخصومة التي لا ترتبط المصلحة فيها بتوافق النصوص المطعون عليها مع الدستور أو تخالفها.

وليس لمحكمة الموضوع أن تتحقق بنفسها من توافر شرط المصلحة في الخصومة الدستورية أو تخلفه. ذلك أن لكل من الدعيين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما، ولا تتحدان في شرائط قبولهما.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - قساعة رقم ٤٠ - ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا وانظر كذلك دستورية عليا القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة أول يناير ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١١ - ص ١١٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وإنما تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها. وكذلك في الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها<sup>(١)</sup>.

وتظهر الحكومة أمام المحكمة الدستورية العليا، وفقاً لقانونها، إما باعتبارها طرفاً ذا شأن في كل خصومة دستورية -أياً كان موضوعها أو المدعين فيها- فلا يرتبط مثولها فيها -وعسلاً بنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا- بمصلحتها الشخصية المباشرة، بل يكون واقفاً بقوة القانون بقصد إعلامها بمضمون ونطاق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، حتى تحدد موقفها من المطاعن التي نسبها المدعى في الخصومة الدستورية إلى هذه النصوص، وتقدم أوجه دفاعها بشأنها خلال المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup>؛ وإما بوصفها مدعية في خصومة دستورية تقيمها بنفسها نعيًا على نصوص قانونية تراها مخالفة للدستور. وفي هذه الحالة لا تقبل هذه الخصومة إلا بتوافر مصلحتها الشخصية والمباشرة في رفعها.

ذلك أن من غير المتصور أن توجه جهدها للدفاع عن نصوص قانونية ظاهر بطلانها، وإلا صار دورها منحصرًا في العمل بلا كلل علي إجهاض مطاعن يوجهها الأفراد إلى النصوص القانونية، وكأن مخالفة للدستور واقعة في إطار مهامها.

ومن ثم كان منطقيًا، بل ضروريًا، أن يكون للحكومة الدور الأكبر في بناء الشرعية الدستورية، وأن يكون دفاعها عنها صارماً، ولو من خلال الخصومة الدستورية تقيمها لرد عنوان على حقوق كفلها الدستور لها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٣

ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٦

ص ٢٢٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا هي التي تتولى تحضير الدعوى الدستورية بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا. ثم تعد في النهاية رأيها المحايد في شأن الجوانب الواقعية والقانونية والدستورية لهذه الدعوى.

أنظر كذلك القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٩٠ ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من هذه المجموعة.

٤٣٦- وفي مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتعين أن يلاحظ أن ثمة مسائل دستورية تؤرق المواطنين في مجموعهم، أو تثير اهتمام فريق عريض منهم. فلا يكون طلبهم الفصل فيها واقعا في اختصاص جهة الرقابة على الدستورية التي لا يعينها غير الخصومة الدستورية التي تنفيا صون الحقوق للشخصية لرفعها ورد العدوان عليها. ولا كذلك المسائل الدستورية العريضة في اتساعها، والتي يتقاسم همومها أشخاص يعينهم أمرها بوجه عام Generalized Grievances ويصوغونها في صورة مجردة. ولا يتصور أن تعالجها غير السلطة التشريعية المنتخبة بالنظر إلى عموم مشكلاتها. وتعلقها بنفر غير من المواطنين، يشارك بعضهم بعضا فيها<sup>(١)</sup> كأن ينعى مواطن عن عقوبة الإعدام التي فرضها المشرع أنها لا تصدر بإجماع آراء قضاة المحكمة التي أصدرت الحكم، أو أن الطعن فيها لا يقع بقوة القانون، أو أنها عقوبة قاسية. وكذلك إذا لم يكن المواطن مقيما في الدائرة الانتخابية التي يطعن في القانون الخاص بتقسيمها. فذلك كله مما يدخل في عموم المسائل التي يهتم المواطنون بها بوجه عام.

وإذا كان الأصل في الخصومة الدستورية ألا تقبل إلا إذا أقامها المدعى فيها طلبا لحقوق يختص بها Of His Own؛ فإن نظر هذه الخصومة لا يجوز بالتالي -وكأصل عام- إذا كان موضوعها خاصا بحقوق آخرين Third Party. وهو ما اطرد عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما قرره من أنه لا يجوز كأصل عام أن يقيم المدعى دعواه الدستورية ليصون بها حقوق الآخرين ومصالحهم، وإنما يجب أن يتفيا بها ضمان تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها In Concrete<sup>(٢)</sup>.

ويتعين دوما أن تكون الحقوق التي يختص المدعى في الخصومة الدستورية بها، والتي يقيمها لرد العدوان عليها، من الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع، وواقعة في منطقة المصالح التي يكفلتها.

٤٣٧- وقد يكون المدعى في الخصومة الدستورية هو السلطة التشريعية ذاتها، أو منظمة تناضل من أجل الدفاع عن حقوق تملكها وفقا للدستور. وتظل المصلحة الشخصية المباشرة في مفهومها المتطور تعبيرا -لا عن حقوق يدعيها رافعها من خلال خصومة يشوبها التجهيل- وإنما عن حقوق قاطعة في وضوحها يشك النزاع حولها بين طرفي الخصومة الدستورية، فذلك وحده

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984); Gladstone Realtors v. Village of Bellwood, 441 U.S. 91 (1979).

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٦٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

هو ما ينير الطريق لجهة الرقابة على الدستورية، كي تفصل في المسائل الدستورية التي تنيرها، أيا كان قدر صعوبتها.

بما مؤداه أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتوخى ألا يجر قضاء المصلحة على الدستورية إلى الفصل في خصومة دستورية لا تزال عناصرها في دور التطور<sup>(١)</sup>، ولا في نزاع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا طائل من ورائه. ذلك أن تجنبها مثل هذا النزاع العقيم وإن كان من واجباتها؛ إلا أن من مهامها كذلك ألا تنتصل عن كل مواجهة تكون السلطة التشريعية أو التنفيذية طرفاً فيها. ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية مركز خاص في مجال فرض كلمة الدستور وإعلائها. وليس لها أن تنظر إلى المسائل الدستورية التي تفصل فيها باعتبارها عناصر دخيلة أو عرضية على وظيفتها القضائية. إذ يعكس الفصل في هذه المسائل جوهر وظيفتها. كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية هي الأكثر قدرة على تطوير الدستور، وعرض القيم التي يحتضنها، لا تنقيذ في ذلك بغير الخصومة القضائية كإطار وحيد للفصل في المسائل الدستورية.

### المطلب الأول

#### عناصر المصلحة الشخصية المباشرة

٤٣٨- في قضاء المحكمة للدستورية العليا، تقوم المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية على اجتماع العناصر الآتية:

أولاً: أن يكون المدعى في هذه الخصومة قد أضر شخصياً من النصوص القانونية التي نعى عليها مخالفتها للدستور.

ثانياً: أن تقوم علاقة منطقية بين النصوص المطعون عليها، والأضرار التي يقال بأن هذه النصوص قد أحدثتها، بما يجعل هذه النصوص سبباً لتلك الأضرار ما كان منها قائماً أو وشيكاً Actual or threatened injury. فإذا تعذر رد الأضرار التي يدعيها إلى النصوص المطعون عليها، تعين الحكم بانتفاء مصلحته الشخصية في طلب إبطالها.

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

ثالثاً: أن تتحدد هذه الأضرار على نحو يكفل إدراكها، ومواجهتها بالترضية القضائية لتسويتها. وشرط ذلك هو تعيينها بما ينفي للتجهيل بها، وأن يكون رد المضار التي رتبها النصوص المطعون عليها في شأن من أصابهم بعينها، مما يدخل في ولاية الجهة للقضائية.

٤٣٩- ولأن الأضرار الواقعية الفاجمة عن تطبيق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، لا تتعلق إلا بالمدعى في الخصومة الدستورية التي ما رفعها إلا لرد آثارها وتسويتها من خلال الترضية القضائية التي يطلبها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن يقيم الدليل على الأضرار التي يدعيها.

وكلما افترض المشرع بنص قانوني، تحقق مضار بعينها في أشخاص بذواتهم من جراء أعمال حددها، جاز لهؤلاء جميعهم أن يقيموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم التي جحدتها هذه الأعمال، بعد أن افترض المشرع تحقق مصلحتهم في إنهاء آثارها<sup>(١)</sup>.

ويظل الأصل في الخصومة الدستورية، هو أن يبرهن رافعها على أن ضرراً شخصياً واقعياً قائماً أو راجح الوقوع -لا تصوراً فرضياً أو تخيلاً- قد لحق به من جراء عمل يناقض الدستور، سواء إكان هذا الضرر حالاً، أم كان يتهدده؛ قائماً أم راجحاً تحققه. فلا يكون مظنوناً أو متوهماً أو منتحلاً أو مستعصياً على التحديد، أو واقعاً في إطار عام يشمل المدعى وغيره من المواطنين، بما يحول دون تمييزه عن الآخرين في العناصر التي يقوم عليها<sup>(٢)</sup>.

وهذا المعيار العام في تحديد الأضرار الشخصية الواقعية التي ترتبط بها المصلحة المباشرة في الخصومة الدستورية، يستحيل تطبيقه بصفة آلية في كل خصومة بغض النظر عن وقائعها وظروفها. وإنما تخوض جهة الرقابة على الدستورية في عناصر كل خصومه على حدة، وتستظهر مفرداتها كي تححصها استقلالاً عن سواها. فإذا كان إمساكها بهذه الأضرار، وإدراكها لحقيقتها وأبعادها غير مستطاع لتعذر تشخيصها، فإن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يكون منقياً.

(١) See Monaghan, "Constitutional Adjudication: The who and when", 82 Yale law journal, 1363, 1375- 79 (1973); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law. Second edition, p 112.

(٢) Gladstone, Realtors v.Bellwood, 441 U.S. 95, 113 (1983).

بما مؤداه أنه في مجال تقييم الأضرار التي يقول المدعى بأن النصوص القانونية المطعون عليها، قد أحدثتها؛ فإن تحديدها على ضوء معيار عام يحيط بصورها جميعها، لا يتصور. والأقرب أن ينظر لكل حالة على حدة، وأن يكون تقييمها على ضوء طبيعة الأضرار المدعى بها وخصائصها، وأن نستبعد منها تلك المضار التي يتعذر تحديدها بدرجة كافية تؤهل لتعيينها، ونقرر الترضية القضائية التي تناسبها.

ويكفي بالتالي أن يكون الضرر المدعى به ماثلاً، وليس شرطاً أن يكون مكتمل العناصر وقت رفع الخصومة الدستورية. بل يجوز أن تستوفي هذه العناصر صورتها مستقبلاً، وإلا صار وقوع الضرر فعلاً - لا رجحان حدوثه - شرطاً في الخصومة الدستورية. فلا يكون مناط قبولها مضار متوقعة عقلاً بل قائمة فعلاً. وفي ذلك تضيق للرقابة على الدستورية دون مقتض<sup>(١)</sup>.

فالمخاطبون بالجريمة يستطيعون التلذذ على تعلقها بأفعال لا يجوز - من منظور اجتماعي - تأنيدها، أو أن العقوبة التي حددها المشرع لها، ينفرط تناسبها بصورة ظاهرة ودرجة خطورة هذه الجريمة؛ أو أن النص العقابي يفترض المسؤولية الجنائية بدلاً عن إثباتها؛ أو تمحس عقاباً عن الفعل الواحد أكثر من مرة؛ أو أخل بحرية العقيدة، إلى غير ذلك من صور إهدار أو انتقاص الحقوق التي كفلها الدستور.

وقد تكون الأضرار الواقعية التي يثبتها المدعى في الخصومة الدستورية من طبيعة اقتصادية. ومن ثم تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، شأنها في ذلك شأن الأضرار الواقعية غير الاقتصادية. فإذا صدر في شأن مشروع - خاص أو عام - قانون عن شأن تطبيقه فصل بعض العاملين فيه من غير المواطنين، *A soon-to-be discharged alien employee*، فإن الضرر الذي يصيبهم يكون اقتصادياً في طبيعته بما يخولهم الحق في دفعه عنهم من خلال الخصومة الدستورية التي يستنهضون بها ضمان تساويهم في سوق العمل مع المواطنين<sup>(٢)</sup> *The Equal protection Clause*.

(١) يتحقق الضرر الحال أو المهدد به في الأعم من الأحوال من خلال الإخلال للنصوص القانونية كالة الحقوق *Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 500 (1975)*.

(٢) *Traux v. Raich, 239 U.S. 33 (1915)*

في هذه القضية كان قد صدر قانون بولاية أريزونا يملف بمقتضاه رب العمل الذي يستخدم أجانب بجوازون النسبة التي حددها هذا القانون.



وقد يخل القانون بالتوازن في العلائق الاقتصادية بين المخاطبين بأحكامه، كان يظن أسواق التجارة في وجه بعضهم؛ أو يحول دون تنافسهم المشروع من خلال صور من الاحتكار بمنحها لبعضهم، ولو لم يكن الاحتكار كاملاً<sup>(١)</sup> أو يحمل المستأجرين بأعباء لا تتوافر لديهم بسببها أموال ماثلة يستخدمونها في شراء احتياجاتهم؛ أو يجرّد بعض الناس من ملكيتهم دون تعويض؛ أو يصادر جانباً من أموالهم بغير حكم قضائي؛ أو يفترض تهريبهم سلماً قاموا باستيرادها؛ أو يفرض عليهم ضريبة تقتدر إلى موازين العدالة الاجتماعية، أو يقرن مجرد التأخير في دفعها، ولو ليوم واحد، بجزاء صارم باهظ التكلفة.

ففي هذه الصور جميعها، تتوافر للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة في الطعن على دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقه التي كفلها الدستور، كالحق في ضمان العدالة الاجتماعية عند فرض الضريبة؛ وفي التوازن في العلائق الإجارية؛ وفي صون الملكية الخاصة؛ وفي أن يتحمل المواطنون وفق قواعد موحدة أعباءهم المالية؛ وفي مقابلة للزاماتهم بحقوقهم في صورة منطقية.

ولا كذلك الخصومة الدستورية التي يقيمها أحد الممولين لضريبة ما، والتي ينزاع بها -وبقصد خفض مقدار الضريبة التي يتحملها- في كيفية إنفاق الدولة التي فرضتها لإيراداتها العام.

ذلك أنه حتى بافتراض سوء إنفاقها لهذه الموارد وصرفها لها في غير وجهتها، إلا أن سفها أو سوء تدبيرها لشؤونها من خلال إنفاقها لأموالها في غير موضعها، ليس ضرراً ينال هذا الممول وحده، بل هو من قبيل الهموم التي يعتبر المواطنون جميعهم شركاء فيها، والتي تلبس قيمهم ومصالحهم الأيديولوجية التي يدافعون عنها بوجه عام Generalized ideological interests. فضلاً عن أن من غير المحقق أن تفرّض الدولة الضريبة بقدر أقل من مبلغها المقرر قانوناً إذا قام الدليل على إساءتها استخدام أموالها وإنفاقها لها في غير مصارفها المقررة قانوناً. فلا يكون لهذا الممول بالتالي مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه الدستورية.

(١) Association of Data Processing Service Organizations v. Camp, 397 U.S. 150 (1970); Harden v. Kentucky Utilities Co. 390 U.S. 1 (1968).

على أن ما تقدم لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه. فالمعونة المالية التي تقدمها الدولة لدعم عقيدة تصطفها وترجعها على ما سواها من العقائد، بجوز الطعن بحكم دستورتها في الدول التي لا دين لها.

لا لأن هذه المعونة تتمحور تنزيهاً تبسط به الدولة يدها لإتفاق المال العام في غير أوجهه، وإنما لأن تقرير هذه المعونة أو منحها، يخل بتكافؤ الأديان فيما بينها، ويستتاع الانحياز لواحدة منها إضراراً بغيرها<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن فرض الدولة لأعباء تعليمية متفاوتة على الطلبة، وتمييزها بينهم بالنظر إلى درجة ثرائهم، يناهض تساويهم في الحقوق التي يملكونها قبل معادهم التعليمية. وينقض كذلك وحدة العملية التعليمية وتكامل مراحلها وضرورة النفاذ لها وفق شروط موحدة لا تمييز فيها بناء على الثروة. ولهؤلاء الطلبة بالتالي وكذلك لأبائهم حق المنازعة في دستورية هذه الأعباء<sup>(٢)</sup>.

كذلك تقوم للمدعي في الخصومة الدستورية مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن على السياسة التي تنتهجها الدولة لتنظيم أوضاعها البيئية وحمايتها من ملوثاتها. ذلك أن سياستها هذه -التي تبلورها تشريعاتها- لها جوانبها الإيجابية والسلبية التي تؤثر في نوعية الحياة التي يعيشها المدعي؛ شأنها في ذلك شأن سياستها الاقتصادية التي تؤثر في درجة رعايته. وذلك كله بشرط أن يكون للأضرار التي يعانيها من جراء ذلك، ذاتيتها التي لا تختلط بأضرار المواطنين في مجموعهم، ولو لم تكن الأضرار التي أصيب بها، منفردة بخصائصها Unique to the litigant.

ذلك أن المصلحة الذاتية لكل شخص في بيئة نظيفة، لا يجهضها أن يكون هذا الاعتبار ملحوظاً كذلك عند آخرين يعنيهم أن تكون بيئتهم مجردة من ملوثاتها. فالمصلحة الذاتية التي يقوم الدليل عليها، لا ينحيزها توافق آخرين مع مراميها وتقاسمهم اهتماماتها، ولا تحيل الخصومة الدستورية الفردية، إلى خصومة جماعية.

(١) Everson v. Board of Education 330 U.S. 1 (1947).

(٢) دستورية عليا "القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية" دستورية - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ - ص ١٩٥ وما بعدها من الجزء السابع.

وإنما تظل هذه الخصومة على حالتها، فلا تتجرد من خصائصها الشخصية، ولا تجعل رافعها أقل استحقاقا للترضية القضائية لمجرد أن آخرين يظيهم أمرها، وإن تعين دوما أن تكون الأضرار الشخصية المدعى بها، ماثلة بعناصرها في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها.

فالخصومة الدستورية التي نقيمها جمعية بصفتها نائبة عن أعضائها، وطعننا منها في الترخيص الصادر لمشروع ما بالقيام بأعمال التمدين في منطقة لا يتردد عليها أعضاء الجمعية؛ ولا دليل من الأوراق على أن أعمال التمدين التي قام بها هذا المشروع، من شأنها أن تلحق بهذه المنطقة أضرارا تغل بجمالها أو بالتوازن الأيكولوجي بين عناصر بيئتها، لا يجوز قبولها<sup>(١)</sup>.

والطلبة الذين يلزمهم القانون بقراءة الإنجيل في مدارسهم، يضارون هم وآباؤهم من سريان هذا القانون في شأنهم، إذا كان الحائط الفاصل بين الدولة والدين، مقررنا بنص في الدستور<sup>(٢)</sup>.

وليس لازما أن تكون المصلحة الشخصية المباشرة، قائمة بكل عناصرها وقت المنازعة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها. بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة تقوم على توقي ضرر لا شبهة في إمكان تحديد أبعاده.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن المصلحة الشخصية المباشرة لا يشترط أن تكون قائمة يقرها القانون. وإنما يكفي أن يكون محتملا تحققها. ذلك أن من غير المنطقي أن يحمل الشخص على إرجاء دعواه الدستورية حتى تتحقق الأضرار التي تهدده بأكملها. وإنما يجوز دائما أن يتخذ دعواه هذه، طريقا إلى توقي وقوعها<sup>(٣)</sup>.

One does not have to await the consummation of threatened injury to obtain preventive relief.

(١) Sierra Club v. Morton , 405 U.S. 727 (1972).

(٢) Abington School District v. Schempp. 374 U.S. 203 (1963).

(٣) القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٨/٦ - قاعدة رقم ٣ - ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا. وكذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٢٣ جزء ١٨ والقضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٦١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فالذين يقيمون في دار لعلاجهم، يورقهم التهديد بنقلهم منها إلى مكان آخر أقل في مستواها كفاءة وتنظيما. فلا تكون الخصومة الدستورية التي يقيمونها لمواجهة هذا التهديد، غير توفى من جانبهم لوقوع ضرر يتهددهم<sup>(١)</sup>. وهو ما تقرره المادة ٣ من قانون المرافعات بنصها على أن التحوط لدفع ضرر محقق يندرج في إطار المصلحة المحتملة التي تكفي وحدها لتحقيق شرط المصلحة في الخصومة القضائية.

والذين يتهددهم اتهام جنائي إذا خالفوا النصوص القانونية التي حددها المشرع، ليس عليهم ترخيص صدور هذا الاتهام لاختصاصها. بل تقبل دعواهم الدستورية التي يتوخون بها إبطالها، حتى لا يظل احتمال صدور هذا الاتهام، سيفا مسلطا فوق رؤوسهم.

وصح بالتالي ما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، موداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير هؤلاء الذين أضرروا من جراء سريان النصوص المطعون فيها في شأنهم، سواء كان ما أصابهم من ضرر بمبناها قائما، أم كان وشيكا يتهددهم<sup>(٢)</sup>.

يؤيد هذا النظر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية لا يرتبط بنوع المسائل الدستورية التي تطرحها؛ ولا بطبيعة الترضية القضائية التي يطلبها المدعي، وإنما يتعلق هذا الشرط بمركز المدعي بالنسبة إلى النصوص المطعون عليها، وبطبيعة الأضرار التي لحقت من جراء تطبيقها في حقه. وليس لازما أن تصل هذه الأضرار إلى درجة اليقين من جهة ثبوتها، بل يكفي أن يكون وقوعها محتملا، وتعيينها ممكنا. وإن ظل شرطا في الضرر -ولو كان مستقبليا- ألا يكون تصوريا، وألا يتعلق بمصلحة لها شأن عام كمصلحة المواطنين جميعهم في ضمان تنفيذ القانون، والتقييد بحرفيته.

(١) Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991, 1000 (1982).

(٢) "دستورية عليا" للقضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٦

- ص ٢٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، أنظر كذلك القضية رقم ٣٤

لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٢١ من الجزء الثامن

ذلك أن الخضوع للقانون، وإن كان يؤثر في إنتاجية الفرد، ويحيط أداء العمل بالأوضاع الأفضل للنهوض به، إلا أن فرض كلمة القانون على الكافة، أدخل إلى المفاهيم الأيديولوجية التي تدعو إلى احترامه، وضمنان هيئته بناء على مجرد وجوده كقانون<sup>(١)</sup>.

وبينما لا يتصور التمييز بين المخاطبين بالقوانين الجنائية من خلال إعفاء بعضهم من تطبيقها وفرضها على باقيهم؛ وكان يجوز لمن أصابته هذه القوانين بأحكامها، أن يقيموا الخصومة الدستورية التي يناهضون بها دستورية هذا التمييز بقصد إنهاء أثره؛ إلا أن غير المخاطبين بالقوانين الجنائية لا يملكون حق الاعتراض عليها، ولا على كيفية تطبيقها، ولو كان يعنيه أن يؤاخذ المتهمون جميعهم بجرائمهم، وأن يحيطهم قصاص عادل يأخذ برقابهم، خاصة وأنه لا مصلحة لمواطن في أن يكون غيره بريئاً أو مذنباً، متهماً أو مطلقاً للسراح، على تقدير أن مثل هذه المصالح يتعذر تشخيصها<sup>(٢)</sup> Judicially cognizable.

وقد اطراد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة في الدعوى الموضوعية؛ وذلك بأن يكون الحكم الصادر في الخصومة الدستورية مؤثراً في الحكم الفاصل في النزاع الموضوعي.

فلا تكون المصلحة الشخصية المباشرة غير مصلحة المدعى في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية The personal stake in the outcome of the case التي يفترض أصلاً ألا تكون ثمارها لغيره، وتقضي كذلك التمييز بين أضرار لها من عمومها وانتماعها وتجردها، ما يربطها بالمواطنين في مجموع قناتهم؛ وبين ضرر خاص لا يتعلق بغير شخص معين أو بأشخاص بذواتهم، ولا يصيبهم إلا في مصالحهم الذاتية أو الفردية التي تعكسها طلباتهم الشخصية المحددة عناصرها، والتي يكون تضامم مفرداتها إلى بعضها البعض، محض تعبير عن مجموع مصالحهم الفردية.

An aggregation of specific claims of interests peculiar to particular individuals.

(١) Stewart, The reformation of Administrative law, 88 Harvard Law Review, pp. 1739- 40 (1975).

(٢) Linda R.S.V. Richard D. 410 U.S. 614 (1973).

ولا يجوز بالتالي أن تقبل الخصومة الدستورية ما لم تكن مصلحة المدعى فيها مختلفة عن مصالح المواطنين في مجموعهم.

ذلك أن اندماج مصلحته في مصالحهم يفقدها ذاتيتها، وهي شرط لبيان الحدود الضيقة للخصومة الدستورية التي يطرحها المدعى في نطاق مصلحته الشخصية المباشرة - مفصلاً بوقائعها النصوص القانونية المطعون عليها، وصلتها بالأضرار الواقعية التي سببتها، فلا يكون عرضه لأبعاد هذه النصوص إلا تعريفاً بكامل عناصرها Complete perspective، ينير من خلالها الطريق إلى جهة الرقابة على الدستورية، فلا تفصل في خصومة يشوبها التجهيل، ولا في غير ضرورة.

ومن ثم تبلور الخصومة الدستورية التي توجهها المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى، مجموع عناصرها، وكامل أبعادها، بما في ذلك الآثار السلبية الناجمة عن تدخل المشرع - بالفعل أو الامتناع - في شأن خاص بالمدعى، لتظهر هذه الخصومة وقد طبعها رافعها بشخصيته، أكثر من كونها تعبيراً عن المسائل الدستورية. التي أثارها من خلالها.

فالذين يملكون أراض حال المشرع دون استثمارها في الأوجه المعقولة لها<sup>(١)</sup>؛ والأباء الذين ألزمهم المشرع بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام لا الخاص<sup>(٢)</sup>؛ والشركة التي حدد المشرع أجور خدماتها<sup>(٣)</sup>؛ والمعلمون الذين حرّمهم المشرع من حق الاجتماع ومن حريتهم في التعبير من خلال صور النشاط التي منعهم من ممارستها<sup>(٤)</sup>؛ والأزواج الذين حظر المشرع عليهم استخدام الوسائل الواقعية من الحمل<sup>(٥)</sup>، كل هؤلاء لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقهم في استعمال ملكهم في الأوجه التي يختارونها؛ وفي مباشرة أوجه النشاط التي يرون ملامعتها؛ إذ هم خصماء لكل هذه النصوص التي وجهها المشرع إليهم، وأصابهم بها، وقصد إرهابهم بأحكامها. ومصلحتهم في دفعها حقيقية وظاهرة سواء تعلق الأمر

(١) Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S.365 (1926).

(٢) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٣) Exparte Young, 209 U.S. 123 (1908).

(٤) Adler v. Board of Education , 342 U.S. 485 (1952).

(٥) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

بحقوق ملكيتهم التي أخذ بها، أو بمباشرتهم ما هو مشروع من صور من النشاط التي اختاروها. فلا تكون مصلحتهم في الاعتراض على القيود التي حملهم المشرع بها، وفرض تطبيقها عليهم، غير مصلحة حقيقية Tangible interests تلمسها بأيديها جهة الرقابة القضائية.

وينبغي أن يلاحظ أن النصوص القانونية التي يقرها المشرع، قد تلحق الضرر لئس فقط بمن قصدتهم هذه النصوص بأحكامها. ذلك أن المضار التي ترتبها، قد تقال من حقوق الآخرين كفلها الدستور. فالقيود التي يفرضها المشرع على مشروع ما، ليخفض بها أسعار منتجاته أو خدماته، تخول هذا المشروع حق الاعتراض على هذه الأسعار من خلال الخصومة القضائية التي يقبمها لإنهاء العمل بها. كذلك فإن الذين يناضون هذا المشروع يجنون أنفسهم فسى مركز يمنهم من مزاحمة ذلك المشروع في الأسعار الأكل التي حددها المشرع لمنتجاته وخدماته، لنقوم بهم كذلك مصلحة في الاعتراض عليها؛ وإن ظل ثابتاً أن المصلحة في هاتين الصورتين لا تزال مصلحة شخصية مباشرة قوامها للحقوق الفردية التي يطلبها أصحابها لمواجهة ضرر خاص أصابهم<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك أن تكون المصلحة في الخصومة الدستورية مجردة في خصائصها، أو نتناول ما هو عام من مصالح المواطنين في مجموعهم The Airing of Generalized Grievaness. ذلك أن مواجهة هذه المصالح وإنشباعها؛ من مسئولية السلطة السياسية التي اختارتها هيئة الناخبين. إذ هي وحدها الأكثر على تقدير الحلول الملائمة لها.

كذلك فإن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية القوانين، ينحصر إلى وظيفة قضائية تغاير بالضرورة المهام التي يقوم عليها الإمبردزمان في بعض الدول.

والمصالح المجردة أو العمومية Interests shared with the larger community of people at large، لا تخصيص فيها، ولا تستقل بذاتها، ويستحيل تحديدها من منظور كامل Complete perspective. بل هو حقيقة للخصومة الدستورية التي لا تتوافق بشأنها مصالح أطرافها، ولكنها

(١) قلوا أن المشرع حدد أسعار تذكر الركوب في السكك الحديدية، فإن الاعتراض عليها يكون حقاً ليس فقط لمن يديرونها ولكن كذلك الذين يناقسونها كإلّا الذين ينقلون الركاب بالخطوط في لسمارات ذاتها.

Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908).

تتعارض من خلال تصادمها<sup>(١)</sup>. وهو ما يناقض شرط المصلحة الشخصية المباشرة في حقيقة معناه. إذ يفترض هذا الشرط أن يكون للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة حقيقية في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان النزاع القائم بين أطرافها دالا على عمق الخصومة القائمة بينهما، وأن لها من ححتها وماديتها ما يجعل تعيين حدود المسائل الدستورية المثارة فيها، واجبا لا تقريط فيه<sup>(٢)</sup>

### المطلب الثاني

#### رابطه السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور،

#### وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائيا

٤٤٠- تقابل الجهة القضائية في كل خصومة دستورية، بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور، توصلا لتقرير تطابقها معها أو خروجها عليها. ويفترض في هذه النصوص ترتيبها لأثار قانونية أضرت بالمدعى من خلال تطبيقها عليه. وأن ما تتوخاه الخصومة الدستورية التي رفعها، هو إنهاء الأثار التي رتبها هذه النصوص في حقه، وجبر الأضرار التي أنتجتها بحكم ملائم يصغيها<sup>(٣)</sup> ويتعبير آخر يتعين أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أنه أضير فعلا من جراء تطبيق النصوص المطعون عليها في حقه، وأن الفرضية التضائية التي يتوقعها ستزيل هذا الضرر<sup>(٤)</sup>.

غذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من صلة بالمضار الواقعة التي يدعيها Injury in fact، فإن علاقة هذه النصوص بتلك المضار The logical nexus تنقسم. ولا يكون إبطالها منتجا في دعواه، إذ يظل مركزه القانوني في الصورة التي كان عليها من قبل، ولو قام الدليل على مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور.

٤٤١- وعلاقة السببية هذه The causation Connection بين المضار المدعى بها من جهة، والنصوص القانونية التي أحدثتها من جهة ثانية، شرط في المصلحة الشخصية المباشرة. وهي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٢) Metropolitan Washington Airports Auth. v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise. 501U.S. 252(1991).

(٣) Simon v. Eastern ky. Welfare Wrights Org., 426 U.S. 26, 38 (1976).

(٤) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 505 (1975).



علاقة لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تنفيها لمجرد التخلص من القضايا التي ترهقها، أو التي لا تميل إليها، أو التي تتوجس خيفة منها<sup>(١)</sup>، خاصة وأن علاقة السببية تلك، هي الموطئ إلى الترضية القضائية التي يطلبها المدعى، والتي تتحقق من خلالها مصلحته في رد عدوان المشرع على الحقوق التي كفلها الدستور أو القانون. وذلك من خلال ترضية قضائية يفترض فيها أن تكون ملائمة، وكافية لإنهاء الآثار القانونية المترتبة على هذا العدوان والتعويض عنها.

ومن ثم تظهر علاقة السببية كشرط منفصل عن شرط الأضرار الواقعية فهي الخصومة الدستورية. وهي علاقة مؤداها أنه لو لم يكن المشرع قد أقر النص القانوني المطعون فيه، فإن الأضرار التي أحدثها هذا النص، ما كانت لتتحقق.

فإذا لم تتوافر هذه العلاقة المنطقية بين الأضرار الواقعية وأسبابها القانونية التي تبلورها النصوص المطعون عليها، فإن إبطال قضاة الشريعة لهذه النصوص لا يكون متصورا. ومن ثم تبقى تلك النصوص على حالها لانقسام مجال تطبيقها عن الأضرار الواقعية التي قال المدعى بأنها هي التي أحدثتها.

فالذين ينازعون في دستورية ضريبة طبقت عليهم، ويطلبون الحكم ببراءة ذمتهم منها، لا يجابون إلى طلبهم إلا بشرط تعلق الضريبة التي يجحدونها بالنصوص القانونية التي يطعنون عليها. ومن ثم تكون الخصومة الدستورية طريقهم لإبطال الضريبة والتخلص من أعبائها التي أحدثتها النصوص القانونية التي أنشأتها؛ وهي أعباء اقتصادية في طبيعتها.

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من شأن بالضريبة التي ينازعون في دستورتها، فإن دين الضريبة يظل قائما في حقهم، ولا يكون طلبهم الحكم ببراءة ذمتهم من هذا الدين، مفهوما.

(١) يقول القاضي Brennan أن علاقة السببية التي تتطلبها المحاكم للتدخل في الخصومة الدستورية هي قناع

هش تستتر وراءه حتى لا تحكم في موضوع النزاع المطروح عليها.

À poor disguise for the Courts view of the merits of the underlying claims.

انظر في ذلك الرأي المخالف لهذا القاضي في قضية

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 782 (1984).

وما تقدم مؤداه أن رد عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور، لا يكون إلا من خلال المنازعة في دستورية النصوص القانونية التي نجم عنها هذا العدوان. وتلك هي علاقة السببية بين المضار الواقعية، والنصوص القانونية التي سببتها.

وبدونها لن تكون الخصومة الدستورية غير خصومة نظرية يقيمها أصحابها لإرهاق جهة الرقابة على الدستورية، ولحملها على الفصل فيها في غير ضرورة، ودون فائدة عملية يمكن اجتيازها منها. وهو ما لا يجوز حتى في إطار مفاهيم القانون الخاص.

فالمسئولية العقدية جزاء الإخلال بالتزام نشأ عن العقد. فإذا لم يكن ثمة إخلال به، فلا مسئولية. كذلك فإن المسئولية التقصيرية لا تنثار إلا عن عمل غير مشروع ألحق بالغير ضرراً. فإذا كان العمل استعمالاً لحق، أو كان غير مشروع، ولكنه لم يلحق ضرراً بأحد، فإن المسئولية التقصيرية عن هذا العمل، تنقذ أساساً.

ولئن صح القول بأن علاقة السببية بين المضار وأسبابها، تستقل بذاتيتها عن شرط الضرر في المصلحة الشخصية المباشرة؛ إلا أن أهميتها تصل إلى حد اعتبارها جوهر هذه المصلحة وقوامها. ذلك أن المصلحة في الخصومة الدستورية شخصية بطبيعتها. والأضرار التي تدفعها هي التي تعود في مصدرها إلى النصوص القانونية المطعون عليها. فإذا تعذر نسبتها إليها، فلا مصلحة.

وتقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، يخول كل مقمٍ فيها حق الاعتراض ليس فقط على الكيفية التي حدد بها المشرع تخومها، وإنما كذلك بالنسبة إلى عدد المقاعد التي اختصها بها؛ إذا صار لأصوات ناخبها وزن أقل من الوزن المعطى لأصوات ناخبين آخرين فسي غيرها من الدوائر الانتخابية Malapportionment. بما يمايز بين بعضها البعض، فلا يكون تمثيلها جميعاً في المجالس النيابية متناسباً قدر الإمكان مع عدد سكان كل منها<sup>(١)</sup> Districts Under Represented.

٤٤٢- إذ كان ما تقدم، وكان شرط المصلحة الشخصية المباشرة يركز على الخصم السذي آثار المسائل الدستورية أكثر من تركيزه على هذه المسائل ذاتها، فذلك لأن هذه المصلحة هي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

التي تكفل شخصية المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهي التي يطرح الطاعن على ضوئها على جهة الرقابة على الدستورية، النظرة المتمعة للخصومة الدستورية في واقعها وأدلتها، ومن جهة الأبعاد الأوثق اتصالا بالمضار التي أحنتها النصوص القانونية المطعون عليها، فلا يَكُون عرضها حديثا في فراغ، ولا قولا مجملا بغير دليل.

كذلك يعتبر شرط المصلحة الشخصية متصلا بالوظيفة القضائية ذاتها التي تحول دون الفصل في المسائل الدستورية في غير ضرورة. ويرتبط كذلك بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ مقتضاه مباشرة جهة الرقابة على الدستورية لوظيفتها في الحدود التي رسمها الدستور لها. وهي حدود تلزمها بالألا تقبل خصومة دستورية لا تريد عن كونها تعبيراً في الفراغ عن وجهة نظر يراود الترويج لها أو الحض عليها.

وإذا جاز القول بأن من المفترض في نصوص الدستور جميعها أنها مقررّة لمصالح المواطنين في مجموعهم، فلا يجوز حرمان أحدهم من الاحتفاء بها؛ إلا أن إطلاق هذه القاعدة في نطاق الخصومة الدستورية بما يجعل شرط المصلحة الشخصية المباشرة غير لازم فيها، مؤداه أن يعتبر اللجوء إلى جهة الرقابة على الدستورية مطلقاً من كل قيد معقول، وبما يخلو الناس جميعهم التدخل من خلال الخصومة في كل الأعمال الحكومية التي لا يرون صوابها، أو يتحدرون عدم ملائمتها.

على أن هذا القضاء المقارن في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية، وإن توخى ألا يفحم قضاة الشرعية الدستورية أنفسهم في كل شيء حتى في المسائل الدستورية التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها، إلا أن كثيرين يتخوفون من مخالفة قضاة الشرعية الدستورية، أو تزميتهم في مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، بما يعوقهم عن النظر في مسائل دستورية لها من حيويتها وخصوصيتها، ما يجعلها أكثر تأثيراً في مصالح المواطنين في مجموعهم؛ خاصة وأن الخوض في علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية التي أحدثتها؛ من أكثر المسائل تعقيداً وغموضاً في مجال الرقابة على الدستورية<sup>(١)</sup>. وقد تكبحها عن مواجهة نزاع يوقعها في حرج الصدام مع السلطتين التشريعية أو التنفيذية.

(١) W. Prosser, Handbook of the Law of Torts, chapter 41, 4<sup>th</sup> edition, p. 236, 1971.

إلا أن علاقة السببية تظل لازمة لضمان تقييد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالحدود المنطقية لولايتها التي لا يجوز معها أن تتحول وظيفتها القضائية إلى عمل من أعمال التبرع بيهيها لمن يطلبها. وتظل علاقة السببية بين المضر وأسابيها، جوهر الخصومة الدستورية. إذ بدونها يصير الفصل في دستورية النصوص القانونية التي لا تربطها صلة بالمضر المدعى بتحققها، عقيما.

### المطلب الثالث

#### الدفاع عن حقوق الآخرين

#### The Third Party Standing

٤٤٣- من المسائل التي يحرص قضاء الشرعية الدستورية على توكيدها، هو أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أن الحقوق التي يطلبها تتعلق به لا بغيره، وأن المصالح التي يتوخى تحقيقها تدخل في منطقة المصالح التي يحميها الدستور أو المشرع<sup>(١)</sup>.

وتتفيا قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق الآخرين<sup>(٢)</sup>، استبعاد القضايا التي يكون محلها اقتضاء هذه الحقوق. وهي بعد قاعدة لا إطلاق فيها؛ وإنما تنقلها صور من الخروج عليها تعتبر استثناء منها، وتبلور في مجموعها المياسة التي ينتهجها قضاء الشرعية الدستورية فسي مجال الخصومة الدستورية التي يكون هدفها الدفاع عن الآخرين ومصالحهم<sup>(٣)</sup> Jus Tertii .

وهذه القاعدة التي لا يجوز معها تركاصل عام- أن يقدم المدعى دعواه الدستورية للدفع عن حقوق كفلها الدستور أو المشرع لآخرين؛ علتها ما هو مفترض من تحوط قضاء الشرعية الدستورية في مباشرتهم للولاية التي كلفهم الدستور بها. فلا يفصلون في غير ضرورة في مسائل دستورية لها دقتها ومحاذيرها<sup>(٤)</sup>. ذلك أن واجبه الأول هو عدم الفصل في مسائل دستورية قبل أوانها، أو في مسائل دستورية يستطيعون تجنبها. وهو ما لا يتحقق في الدفاع عن حقوق لآخرين يفترض أنهم يحسنون تقدير مصالحهم؛ وأنهم يحدون خطاهم على ضوئها. فإذا لم يقيموا

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984).

(٢) Tileston v. Ullman, 318 U.S. 44 (1934).

(٣) Manoghan. Third Party Standing, 84 Columbia law Review 277, 278 n. 6 (1984).

(٤) Wrath V. Seldin' 422 U.S. 490, 499 (1975).

الخصومة الدستورية لطلبها، دل ذلك على أن مصالحهم هذه غير مهددة لو أنهم عازفون عن الدفاع عنها واستنهاض وسائل حمايتها التي تتوافر لهم بها فرص إيضاح مطالبهم بأنفسهم بوصفهم أقدر من غيرهم على بيان وجه الحق فيها<sup>(١)</sup>.

فالأصل أن لا يفصل قضاة الشرعية الدستورية في حقوق لم يطلبها أصحابها بأنفسهم، ولم يحرصوا على المثل أمامهم للدفاع عنها. بما يجهل بأبعادها وبأوجه التناقض القائم بين مصالحهم ومصالح غرائهم، ويفترض كذلك في الغائبين عن الخصومة الدستورية، أنهم لا يكثرثون بإنكار الحقوق التي طلبها غيرهم لحسابهم دون تفويض منهم؛ إذ لو كان الأمر يعنيهم حقاً، لحرصوا على انتزاع حقوقهم هذه بأنفسهم من خلال خصومة دستورية يقومونها لطلبها والدفاع عنها بالعزيمة والإصرار للكافيين.

٤٤٤- على أن قاعدة عدم جواز الدفاع في الخصومة الدستورية عن حقوق الآخرين، يرتبط تطبيقها بموجباتها. فلا تقوم هذه القاعدة بزوال مبرراتها، وإنما تخطى مكانها لصور من الاستثناء منها تصل في اتساعها إلى حد ابتلاع القاعدة ذاتها.

وبدل إمعان النظر في صور الاستثناء هذه، على أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها، وأنها ترتبط في واقعها بحقوق الأضواء - لا الأغيار - في الخصومة الدستورية *The First Party Rights* لأنهم وإن ظهروا فيها وكأنهم يطلبون حقوقاً لآخرين؛ إلا أن طلبهم لهذه الحقوق من خلال الخصومة الدستورية، يكفل حقوقهم الخاصة التي يتمتعون بها وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يقلل قضاة الشرعية الدستورية كل خصومة تتوخى الدفاع على حقوق الآخرين، كما قام الدليل لديهم على أمرين:

أولهما: أن تراخي الآخرين في الظهور أمامها للدفاع عن حقوقهم، مرده إلى عائق أو صعوبة عملية جوهرية *a genuine obstacle* منعتهم من طلبها بأنفسهم ولحسابهم. ومن ذلك أن يكون الآخر مختلاً عقلياً أو غير قادر على النفاذ إلى المحكمة أو عاجز عن تمثيل مصالحه بنفسه بناء على وجه آخر (United States v. Hays, 115 S.ct. 2431 (1995)).

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106, 113 - 14 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, p. 136; Holland v. Illinois, 493 U.S. 474 (1990).

ثانيهما: أن يكون متوقفاً عقلاً من المدعى في الخصومة الدستورية، أن يناضل بضراوة من أجل الدفاع عن حقوق الآخرين التي طلبها في دعواه، وأن يظهر أبعادها بما يحيط بها كي يكون خصماً حقيقياً مجابهاً غرماً يعارضون دعواه<sup>(١)</sup>.

وبدل مراجعة القضاء المقارن للحق في الدفاع عن مصالح آخرين، على قدر كبير من التردد والتخبط. وأياً كان قدر هذا التردد أو التخبط، فإن الدفاع عن حقوق الآخرين، لا زال من الأمور المسلم قضائياً بها. ومن ذلك حق المحامي الذي صدر قانون بمصادرة أموال موكله الناجمة عن تعامله في المواد المخدرة، في الدفاع عن مصلحة موكله في إبطال هذه المصادرة التي يؤمن الموكل من خلاله إبطالها الأتعاب التي يدفعها لمحاميها، ويكفل بذلك حق الموكل في اختيار محام يمثله في حدود تجمعها ببعض<sup>(٢)</sup> The close attorney client relationship. وفي هذا المجال يلاحظ أن للقضاة يطلبون أحياناً وجود علاقة قوية وموثوقة فيها Close and confidential relationship بين من يقيم الخصومة الدستورية والآخرين الذي يمثلهم فيها. ويشترطون أحياناً أن يكون الآخرون عاجزين من كل الوجوه عن الدفاع عن مصالحهم.

فلو أن المشرع فرض عقوبة جنائية على الأشخاص الذين يوزعون الوسائل الواقية من الحمل على غير المتزوجين، فإن دفاعهم عن مصالح هؤلاء في الحصول على هذه الوسائل وتوكيد حقهم في شرائها، يكون مقبولاً، إذا كان المشرع قد قصر العقوبة على من يقومون بتوزيعها، وحال بذلك دون أن يوفر لغير المتزوجين إطاراً ملائماً للخصومة القضائية التي يستهدفون بها الدفاع على الحقوق التي تخصهم<sup>(٣)</sup>.

ولو أن قانوناً فرض على من يملكون بعض الأراضي في منطقة معينة، ألا يقوموا ببيعها لمولدين وإلا كانوا مسئولين جنائياً أو مدنياً عن فعلهم، فإن انصياعهم اختياراً إلى حكم هذا القانون، مؤداه الإضرار بمصالحهم في بيعها إلى قطاع أعرض من المواطنين يشمل البيض والزنوج، وربما في الحصول على أسعار أعلى. ولهم بالتالي أن يخاصموا هذا القانون طلباً لحقوق الملوتين في شراء هذه الأراضي، وأن يقيموا دعواهم بمخالفته للدستور على سند من

(١) Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., 467 U.S. 947 (1984).

(٢) Caplin and Drysdale v. United States, 491 U.S. 617 (1989).

(٣) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 446 (1972).

إخلال القانون المطعون فيه بشرط الحماية القانونية المختلفة للمواطنين جميعهم، بما يقتل سموليتهم في الحقوق عينها أمام القانون<sup>(١)</sup>.

ففي هذين الفرعين يبدو كذلك أن البائعين للأراضي، والمزعين الوسائل الواقعة من الحمل، محللة شخصية في دعوام الدستورية. ذلك أن منهم من يبيعها أو توزيعها يعتبر وأجل فرضه المشرع عليهم. فإذا نهضوا به، كان ذلك إنكاراً لحقوقهم الشخصية في ضمان قرص أفكار للتعامل في الأشياء التي منهم المشرع من تصريفها بالحقوق التي فرضها، والتي حال بها في أن واحد دون اتساع أسواق معاملاتهم، وعطل كذلك من خلالها، حقوق الآخرين التي كلها الدستورية<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم كان منطقياً أن ننظر إلى القيود التي فرضها المشرع على المدعى في الخصومة الدستورية ليحول دون طلبه حقوقاً لآخرين، لا من زلوية أن المدعى قد أقحم في دعواه غريباً عنها. بحل مطهم فيما هو خالص من شئونهم. وإنما من جهة أنه يدير سوقاً لسلع يعرضها أو يروج أعمالاً يحرص على ألا تتخلص دقترتها، فلا تكون الخصومة الدستورية في حقيقة الأمور، غير تعبير عن عزم رافعها على أن تظل الأسواق التي يديرها، أو الأعمال التي يروج لها، مفتوحة أبوابها لكل من بطرقها.

ويتحقق ذلك في صور متعددة من بينها أن البائعين للبيرة، يحرصون على الترويج لها والتمكين من أسواقها لئلا كان قدر الكحول الموجود فيها. فإذا اشترط المشرع لبيعها للذكور الأكل من ٢١ عاماً، ألا يزيد الكحول فيها عن حد معين، وأجاز شراءها لكل أنثى تزيد سنها على ١٨ عاماً، ولو جاوز الكحول فيها هذا الحد؛ وكان المشرع قد قرن هذا الحظر بعقوبة جنائية اختص البائعين بها؛ كان لهؤلاء البائعين الخيار بين القبول طواعية بالقيود التي فرضها المشرع عليهم بما يعوق حصول الآخرين على حقوقهم في شراء البيرة التي يبيعها؛ وبين المنازعة في دستورية عمل المشرع لتمييزه بين المواطنين لاعتبار يتطرق بالجنس.

(١) Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953).

(٢) See, Maness v. Meyers, 419 U.S. 449, 468 (1975).

فإذا انحاز البائعون إلى الخيار الثاني، وأقاموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوق الآخرين الراغبين في شرائها، كان دفاعهم عنهم، هو دفاع عن مصالحهم الشخصية في أن تظل مبيعاتهم الكلية من البيرة، على حالها، فلا تتخفض نسبتها<sup>(١)</sup>.

ومثل البائعين للبيرة مثل غيرهم ممن يعنيه الدفاع عن حقوق الآخرين في النفوذ إلى أسواقهم. ذلك أن العلاقة بين من يبيعون السلعة ومن يشترونها Vendar - Vendee Relationship، علاقة خاصة لا يجوز هدمها. وهي بذلك تعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق آخرين، مرده أن من يشترون سلعة هذه، لا يتوافر لديهم إطار قانوني للدفاع عن حقوقهم بالنظر إلى أن المشرع خص البائعين بالعقوبة التي فرضها. وذلك صعوبة عملية تمنعهم من أن يقيموا بأنفسهم خصومة دستورية لطلبها<sup>(٢)</sup>.

وقد تكون العلاقة بين الآخرين؛ ومن يقيمون الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم؛ علاقة مهنية professional relationship. فالأطباء الذين يتعاملون في عياداتهم مع المتزوجين الذين يقصدونها للحصول على الأجهزة الواقية من الحمل؛ إنما يدافعون عن حدود العلاقة الخاصة بين الرجل وزوجته بحكم العلاقة المهنية التي تربطهم بهما. فضلاً عن أن توزيعهم لهذه الأجهزة على المتزوجين، يعرضهم -وبوصفهم شركاء في جريمة استعمال الأجهزة الواقية من الحمل- للعقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على المتزوجين المخالفين لقانون حظر استعمالها. كذلك فإن انصياعهم للقانون الصادر بمنعهم من التعامل في الأجهزة الواقية من الحمل التي يطلبها المتزوجون منهم، مؤداه حرمان هؤلاء من شرائها<sup>(٣)</sup> وهو ما يناقض مصلحة البائعين لها في ترويجها. والبائعون بذلك يدافعون عن مصلحتهم الشخصية من خلال دفاعهم عن حق المتزوجين في استعمال الأجهزة الواقية من الحمل.

وقد يفرض المشرع عقوبة جنائية على الآباء الذين يمتنعون عن إلحاق أبنائهم بالتعليم العام. فإذا نازع القائمون على شئون التعليم الخاص في دستورية هذه العقوبة لمخالفتها لشرط الوسائل

(١) Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, p. 138.

(٣) Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).



القانونية السليمة في جوانبه الموضوعية، فإنهم بذلك يدافعون عن حق هؤلاء الآباء في إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص.

ذلك أن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء الذين يلحقون أبنائهم بالتعليم الخاص، لا يقتصر ضررها عليهم. وإنما يمتد هذا الضرر إلى القائمين على شؤون التعليم الخاص -الذين تحملهم العقوبة التي فرضها المشرع على الآباء، والتي منحتم بها من إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص- على غلق مدارسهم بعد أن أعرض الآباء عن إلحاق أبنائهم بها، فلا يكون إغلاقها إلا ضرراً يتفرع بالضرورة عن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء Derivative Injury. ومن ثم تقوم مصلحة المسؤولين عن التعليم الخاص في الطعن على هذه العقوبة وذلك لأمرين:

أولهما: أن الآباء قد يكونون عازفين عن مهاجمتها أو لا يملكون الوسائل التي ينازعون بها في دستوريتها. ثانيهما: أن الآباء حتى لو صرح عزمهم على مخاصمة هذه العقوبة، فلن يجدوا أمامهم غير مدارس لا حياة فيها، مغلقة أبوابها، بعد أن هجرها الطلبة الذين اضطرتهم المشرع إلى الالتحاق بالتعليم العام<sup>(١)</sup>.

وفي هذه الصورة لا يقوم الاستثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن مصالح آخرين، على مفهوم العلاقة الخاصة بين من يبيعون السلعة وعمالهم، ولا بين من يقدمون الخدمة المهنية ومن يطلبونها، ولا لأن المشرع واجه المدعى في الخصومة الدستورية بالعقوبة التي فرضها على الآخرين، وإنما لأن فرضها على الآخرين يلحق به ضرراً إذا قيل هؤلاء الامتثال لها. فلا يكون ما أصابه من ضرر من جراء فرضها، غير ضرر مشتق من المضار التي سببها النص العقابي لهؤلاء الآخرين، والناجمة عن واجب فرضه المشرع عليهم والزمهم بتفيذه.

ومن ثم تتداخل مصالحهم مع مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية، لتقوم بهذا التداخل علاقة السببية بين الضرر المشتق مما أصاب الآخرين من أضرار من جهة، وبين الحقوق التي منعم المشرع من طلبها بالمخالفة للدستور من جهة ثانية.

(١) Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

ويستحيل بالتالي أن تحلل جهة الرقابة على الدستورية حقيقة ونطاق مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية التي أقامها للدفاع عن حقوق الآخرين، بغیر الرجوع إلى طبيعة هذه الحقوق، وصلة المدعي في الخصومة الدستورية بها، وحدود قدرته في النضال من أجلها.

والحق أنه حتى في هذا الفرض، فإن المدعى في تلك الخصومة، إنما يناضل من أجل الدفاع عن حقوقه هو. ذلك أن ما توخاه هو إبطال قيود فرضها المشرع على آخرين لمنعهم من الاتصال به، فلا يكون نفاذه إلى حقوقهم، إلا كإفلا مصلحة الشخصية في ضمان اتصاله بهؤلاء الآخرين.

وفي اعتقادنا فإن كل صلة لها أساسها -مهنية أو حرفية أو غير ذلك من صور العلائق التي تربط المدعى في الخصومة الدستورية بالآخرين- لا يتحقق بها معنى الغيرية في مجال الخصومة الدستورية. ذلك أن الغيرية بمعناها الحقيقي، ينفيها أن يكون المدعى في الخصومة الدستورية، قد أضرير فعلا من جراء إخلال المشرع بالحقوق التي حجبها عن الآخرين، ولو كان هؤلاء الآخرون يفتقرون إلى الموارد التي يعتمدون عليها في النضال من أجل صون مصالحهم، أو يترددون في ولوج الطريق القضائي لضمانها<sup>(١)</sup>.

٤٤٥- وما يقره القضاء المقارن من أن الحقوق التي يطلبها المدعى في الخصومة الدستورية، لا يجوز أن تكون واقعة في غير منطقة المصالح التي يكفلها الدستور أو المشرع؛ هو تعبير آخر عن أن هذه الحقوق يملكها آخرون غير ممثلين في الخصومة الدستورية. ولو أنهم طلبوها، لكانت مصلحتهم في اقتضاها من نوع المصالح القانونية التي يؤمنها الدستور أو المشرع. وهو ما يثير بالضرورة البحث فيما إذا كان المدعى في الخصومة الدستورية -وعلى ضوء ظروفها- يملك من زاوية دستورية تمثيل هؤلاء الغائبين في مصالحهم.

وقد يقلص المشرع من المزايا المالية التي يمنحها للمرأة التي تريد إجهاض نفسها إذا لم تتم بعملية الإجهاض هذه في عيادة طبية. وهو ما ينعكس سلبا على أجور الأطباء الذين يقومون بعملية الإجهاض، ولو كان المشرع لم يمنحهم من إجراءات حتى بعد صدور هذا القانون. فإذا لجأ هؤلاء الأطباء إلى جهة الرقابة على الدستورية للطعن في دستورية ذلك القانون، فإنهم بذلك يدافعون عن أعوزتهم الوسائل لإجراء الإجهاض. ويظل للأطباء الحق في الخصومة الدستورية،

(١) Laurence H. Tribe, I bid, p 140.

ولو كانت المرأة الماعية لإجهاض نفسها، لا تريد الإعلان عن شخصيتها خوفاً من أهلها أو حفاظاً على سمعتها في مواجهة المحيطين بها، أو لتوجسها من فصلها في دائرة عملها<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الفرض، فإن المصلحة التي يحميها الأطباء، هي في حقيقتها مقررة لغيرهم بما يقيمها محل مصالحهم في الاعتراض على النفس في دخولهم<sup>(٢)</sup> (A Surrogate Standing).

ولئن كان ما تقدم مؤداه، أن الأصل هو ألا دعوى بلا مصلحة، إلا أن هذه القاعدة سمّوا في أصلها أو في صور الخروج عليها للتهوين من حدثها - لا يقتضيها الدستور، ولا تستتبعها كذلك آراء لقضاة يربون فرضها بما يجاوز حدود الوظيفة القضائية التي لا تجوز ممارستها بصورة لا تعقل فيها.

ولئن قيل بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة؛ لا يثير بالضرورة إشكالية فصل السلطة القضائية عن السلطتين الأخريين، وأن هذه الإشكالية تطرح نفسها -بالقوة ذاتها- عند الفصل في المسائل الدستورية؛ إلا أن من المحقق أن الرقابة على الدستورية لا يجوز أن تتحول إلى رقابة بلا حدود. بل يتعين ضبطها في إطار منطقي يجعلها عملاً وسيلة ملائمة لصون الشرعية الدستورية، وتسلط قيمها على عوائقها<sup>(٣)</sup>.

#### المطلب الرابع

#### مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع

٤٤٦- ثمة أحوال يظهر المتقاضى فيها باعتباره مناضلاً عن حقوق آخرين علي تقدير أن له دوراً خاصاً في مجال تمثيلها، أكثر من كونه مدافعاً عن حقوقه هو؛ أو بوصفه مناضلاً عن حقوق آخرين بالإضافة إلى حقوقه هو. وأكثر ما يتحقق ذلك في المنظمة أو الجمعية التي نقيم دعواها الدستورية للدفاع عن مصالح نظامية Institutional interests تتعلق بتحقيق أهدافها في مجال ضمانها مصالح أعضائها.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976).

(٢) Eisenstadt v. Boird , 405 U.S. 438,446 (1972).

(٣) Flast v. Cohen , 392 U.S. 83,102 (1968).

والولاية الدفاع عن سيادتها وعن حقوق الملكية التي تخصها. وكذلك الدفاع عن مصالح مواطنيها ولحسابهم.

والمرعون يدافعون إما عن واجباتهم الوظيفية التي تصون مصالحهم في مباشرتهم لامتيازاتهم؛ وإما عن المصالح المعرض للناخبين الذين يمثلونهم.

وفي كل من هذه الفروض، يتعلق السؤال الأهم بتحديد الصفة التي تقيم بها المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع، دعواها الدستورية.

#### أولاً: مصلحة الجمعية أو المنظمة

٤٤٧- في الفروض السابقة جميعها، فإن الصفة التي ظهر بها المدعى في الخصومة الدستورية، هي التي ينبغي التركيز عليها.

فالجمعية أو المنظمة التي تقيم دعواها بقصد الدفاع عن مصالحها الخاصة، تتقيد بالضوابط العامة التي تقتضيها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تطبيقها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، بالنسبة إليها<sup>(١)</sup>.

فإذا كان ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية بقصد الدفاع عن مصالح أعضائها، فإن مصلحتها تتوافر The organizational and associational standing بشرط أن تكون الحقوق التي تطلبها لمصلحة أعضائها هي ذاتها التي يجوز لهم طلبها لأنفسهم، وأن يكون مصالح أعضائها لها صلة وثيقة بالأغراض التي تقوم الجمعية أو المنظمة عليها، وألا تكون حضور أعضائها في الخصومة التي تقيمها للدفاع عن مصالحهم، لازماً سواء في مجال طلبها أو الحصول على الترضية القضائية التي تتعلق بها<sup>(٢)</sup>.

فبالمنظمة التي يكون الغرض من إنشائها دعم صناعة التفاح وتشجيعها في الولاية التي يوجد بها مقر المنظمة، يجوز لها الدفاع عن مصالح أعضائها الذين يزرعونه لم يتجربوا فيه، وذلك

(١) Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Org., 426 U.S. 26, 40 (1976).

(٢) Hunt v. Washington states Apple Advertising commission, 432 U.S. 333 (1977);  
Havenes Realty car v. Coleman, 455 U.S. 363 (1982).

من خلال الطعن في القيود التي تفرضها ولاية أخرى على تسويقها، بما يُحْمَل التجارة بين هاتين الولايتين بأعباء لا يُلْزَم الدستور بها<sup>(١)</sup> Interstate - Commerce.

ولعل أكثر الشروط أهمية في مجال دفاع المنظمة أو الجمعية عن مصالح أعضائها، هو ما إذا كان تدخلهم شخصيا في الخصومة التي تمثل المنظمة أو الجمعية مصالحهم فيها، لآزم لاقتضاء حقوقهم، والحصول على الترضية القضائية المتعلقة بها.

ذلك أن مجرد ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية، لا يدل بالضرورة على تمثيلها مصالح أعضائها بصورة ملائمة. ويتعين بالتالي أن تكون صفاتها فسي تمثلهم موقوفة بدرجة كبيرة على طبيعة الترضية القضائية التي تطلبها من أجلهم. فإذا كان ما تتوخاه من دعاها هو الحصول على حقوق مالية تخص أعضاءها لتعويضهم عن أضرار أصابتهم، فإن تدخلهم في الخصومة الدستورية يكون لازما. وكذلك كلما كان نوع الضرر متصلا بهم. ذلك أن واقعة إضرار النصوص المطعون عليها بأعضائها، ونطاق هذه الأضرار؛ تقتضي تدخلهم بصورة فردية Individualized proof لإثباتها.

كذلك يشترط قضاء الشرعية الدستورية تدخل أعضاء الجمعية أو المنظمة بأنفسهم كلما كان تصادم مصالحها ومصلحهم، واقعا داخل المنظمة أو الجمعية ذاتها، أو كان حضورهم مطلوبا في الخصومة لإيضاح بعض واقعاتها<sup>(٢)</sup>.

#### ثانيا: مصلحة الولاية

٤٤٨- وللولاية في نطاق التنظيم الفيدرالي، أن تؤمن نفسها في مواجهة الأضرار التي تتل من مصالحها. فمثل هذه الأضرار تخصها هي استقلالا عن مواطنيها. وفي هذه الحالة تتحدد مصلحتها المباشرة وفق القواعد ذاتها التي يطبقها قضاء الشرعية الدستورية في مجال أعمال هذا الشرط<sup>(٣)</sup> ومصلحتها الشخصية هذه متنوعة في طبيعتها، ويندرج تحتها:

(١) Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, (1977).

(٢) Harris v. McRae, 448 U.S.297, (1980).

(٣) Watt v. Energy Action, 454 U.S. 151 (1981).

١. الحق في تأمين سيادتها على الأفراد جميعهم، وكذلك على كل كيان يكون واقعا في نطاق إقليمها.

٢. الحق في إقرار تشريعاتها المدنية والجنائية، وتنفيذها في مواجهة المخاطبين بها المقيمين في نطاق إقليمها.

٣. الحق في ألا تنازعها أية ولاية في حقوقها السيادية، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالحدود التي تفصل إقليم الولاية عن غيره من الأقاليم.

٤. الحق في حرمة الأموال التي تملكها والدفاع عنها، وأن ترد العدوان عليها، شأنها في ذلك شأن دفاع الأفراد عن ملكيتهم.

٥. الحق في مقاضاة أية ولاية عن الأعمال الضارة التي تصدر منها قبلها، أو من أشخاص موجودين في إقليمها. كفرض ولاية أعباء مالية على الغاز المصدر منها لولاية أخرى بما يزيد من تكلفة شرائه، ويقيّد التبادل غير المعاق للتجارة بين هاتين الولايتين؛ وكإخلال ولاية في مواجهة غيرها بالفواتين الفيدرالية التي تخول كل ولاية السلطة الكاملة لاستغلال ثرواتها الطبيعية.

٤٤٩- وللولاية فضلا عما تقدم، الدفاع عن مصالح مواطنيها، بوصفهم أفراد من عائلتها Parens Patriae<sup>(١)</sup> سواء كان ذلك لحماية رعايتهم اقتصاديا كحماية بينتهم مما يؤذيها<sup>(٢)</sup> أو لحماية رعايتهم العام في مواجهة أعمال تصدر عن ولاية أخرى أو عن أشخاص خاصين<sup>(٣)</sup> ويفترض ذلك أن تتوافر لمصالح مواطنيها درجة كافية من الوضوح تؤهل للقول بقيام نزاع حقيقي بينها وبين المدعى عليه في الخصومة الدستورية.

(١) ويلاحظ أن مصلحة الولاية في الدفاع عن مصالح مواطنيها كأفراد في عائلتها، لا يجوز التمسك بها في مواجهة الحكومة الفيدرالية.

Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٢) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son v. Puerto Rico ex rel. Barez, 458 U.S. 592 (1982).

ويندرج في إطار هذا النوع من المصالح، مصلحتها في تأمين مواطنيها بوجه عام في مواجهة المخاطر التي تضر بصحتهم أو تتلأ من رخائهم العام. ولا يكفي في هذا المقام مجرد تحقق ضرر لمجموع محدد من المواطنين في إقليمها. وإنما يتعين أن يكون الضرر من نوع الأضرار التي تواجهها الولاية -في الأرجح- بتشريعاتها، بقصد تسويتها.

وللولاية أن تقيم دعواها للحصول على تعويض أو تموية منصفة من جراء أضرار أحدثتها لمواطنيها ولاية غيرها من خلال إغراقها حقولهم بمياه الفيضان الناجمة عن تحويلها لنهر بها<sup>(١)</sup>. شأن هذا العمل شأن من يلوئون بيئتها بعمل يصدر عنهم في ولاية غيرها<sup>(٢)</sup>.

ولكل ولاية كذلك مصلحة شبه مبادية، في إنهاء كل تمييز يخل بكيانها ومركزها القانوني داخل النظام الفيدرالي، بما يحول دون حصول مواطنيها على نصيبهم العادل في المزايا التي يفترض أن تنكف إليها كنتيجة لإسهامها في النظام الفيدرالي<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان للولاية الدفاع عن مصالح مواطنيها فيما يتعلق بصحتهم وراحتهم ورخائهم بوصفها ربا لعائلة تضمهم *Parens Patriae*، إلا أنها لا تمثلهم في مجال الدفاع عن حقوقهم قبل السلطة الاتحادية، ولا تحل محلهم في اقتضاها<sup>(٤)</sup>.

ويظل ثابتاً للولاية الدفاع عن حقوقها قبل السلطة الفيدرالية، ويندرج تحتها أن تتنازع في دستورية قانون فيدرالي أهدر اختصاصها في مجال تحديد شروط مباشرة مواطنيها لحقوقهم السياسية في إقليمها.

### ثالثاً: مصلحة المشرع

٤٥٠- وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية، يجوز أن يقاضيها أحد أعضائها عن طرده منها بالمخالفة للدستور، وأن يحصل على كل مكافأة حرم منها خلال مدة طرده<sup>(٥)</sup>. ولا كذلك أن يقيم

(١) North Dakota v. Minnesota, 263 U.S. 365 (1923).

(٢) Georgia v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son, Inc v. Puerto Rico, 458 U.S. 592, 607 - (1982).

(٤) Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٥) Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

المشروع الخصومة الدستورية بوصفهم ممثلين لهيئة الناخبين في الدفاع عن سلطاتهم التشريعية في مواجهة كل إخلال بها. ذلك أن مثل هذه الخصومة هي في حقيقتها دفاع عن مصالح آخرين.

وقد تتدخل السلطة التنفيذية لحرمان السلطة التشريعية من امتياز مقرر لها وفقاً للدستور، كما تميزها في تعديل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه، وامتيازها في إقرار معاهدة دولية بعد الدخول فيها وكشرط للتصديق عليها. وقد تمنعها من عقد جلساتها؛ أو تتراخى في دعوتها إلى الاعتقاد في المواعيد التي نص عليها الدستور؛ أو تصدر قراراً بحلها في غير الأحوال التي حددها؛ أو تحول دون إيداع أعضائها لأرائهم في لجاتها، أو أثناء عقد جلساتها. ففي هذه الفروض جميعها يجوز للسلطة التشريعية أن تجعد مشروعية الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بالمخالفة للدستور، بشرط أن يكون بإمكان السلطة التشريعية تعيين المضار التي ألحقها السلطة التنفيذية بها؛ وألا يكون بوسعها أن تزيل آثارها بإجراء من جانبها؛ وأن تكون الترضية القضائية التي تقدمها للسلطة التشريعية جهة الرقابة على الدستورية، ملائمة في محتواها لإنهاء الأضرار التي سببتها السلطة التنفيذية لها.

فلا يحول دون الحصول على هذه الترضية أن يُنظر إلى النزاع ببسبب هاتين السلطتين باعتباره من طبيعة سياسية.

ذلك أن من غير المقبول أن تخرج السلطة التنفيذية عن حدود ولايتها التي رسمها الدستور لها بغير ترضية قضائية تُعينها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لمواجهة آثاره<sup>(١)</sup>.

خاصة وأن تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، يقوض بنيانها، ويهدد ولاية السلطة التشريعية وواجبها في الإصرار على ممارستها على الوجه المنصوص عليه في الدستور<sup>(٢)</sup>. شأنها في ذلك، شأن كل فرد يضار من عمل صدر عن السلطة التنفيذية ليعطل جانباً من حقوقه التي كفلها الدستور. ولا كذلك ما يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال تخل بالعملية التشريعية بطريق غير مباشر. ومن ذلك ألا تقدم السلطة التنفيذية إلى السلطة التشريعية ما لديها من

(١) Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996, 997, 1001 (1979).

(٢) قال الحرب التي يملنها رئيس الجمهورية بغير موافقة البرلمان لها مخاطرها على عمله سواء من حجة توجبه الاتهام إلى رئيس الجمهورية Impeachment أو من ناحية رصد اعتمادات لهذه الحرب بغير موافقة.



معلومات قد تعاونها في العملية التشريعية التي تتولاها<sup>(١)</sup>. وليس للسلطة التشريعية كذلك أن تختصم السلطة التنفيذية قولاً منها بأنها لم تقم بتنفيذ القوانين التي أقرتها بصورة ملائمة؛ ولا أن تتازع في دستورية قانون ووفق عليه وفقاً للستور. ذلك أن مصلحتها في الفروض السابقة، يُعذر تمييزها أو فصلها عن عموم مصلحة المواطنين منظوراً إليهم في مجموعهم.

---

(<sup>١</sup>) Harrington v. Bush. 553 F.2d190 (D.C.Cir. 1977).

### المبحث الثاني عشر

#### امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية

٤٥١- لا تثير الخصومة الدستورية، غير التعارض المدعى به بين نص قانوني وقاعدة في الدستور. فإذا كانت المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية متعلقة بالتعارض بين تشريعين من ذات المرتبة؛ أو بين تشريعين يختلفان في مرتبتهما؛ وكان كلاهما دون الدستور قدراً؛ فإن الفصل في هذه الخصومة لا يدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لها الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور قبل التحقق من اختصاصها ولائها بنظرها؛ ثم تثبتت من اتصالها بالخصومة -التي تطرح دستورية هذه النصوص- وفقاً للكوضاع المنصوص عليها في قانونها<sup>(١)</sup>.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا، أن رقابتها على الشرعية الدستورية، لا شأن لها بالتناقض بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين؛ أو بين تشريعين جمعتهما درجة واحدة في مجال تدرج القواعد القانونية، ولا بالتعارض بين نصين واردين في قانون واحد، أو في لائحة واحدة<sup>(٢)</sup>.

كذلك لا تثير الخصومة مسائل دستورية، إذا كان قوامها تعارض النصوص القانونية المطعون عليها، مع وثيقة لا يحيل الدستور إليها ويجعلها جزءاً من أحكامه؛ ولو كانت هذه الوثيقة إعلاناً للحقوق. وليس بشرط لاعتبار الوثيقة جزءاً من الدستور، أن يكون إقرارها قد نسم وفق القواعد ذاتها التي التزمها الدستور في مجال إقراره. وإنما يكفي أن يحيل الدستور إليها ويدمجها فيه حتى تصير جزءاً من قواعده. فإذا لم تلحق الوثيقة بالدستور، جاز تعديلها وفق القواعد ذاتها التي يقر بها البرلمان القوانين التي يوافق عليها.

وقد لا يحيل الدستور إلى الوثيقة المنفصلة عن قواعده، وتظل لها مع ذلك قوة الدستور إذا كانت السلطة التي أصدرتها، قد سلطتها به في القوة والأثر.

(١) "دستورية عليا" -التضحية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية- قاعدة رقم ١٣ -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥-

من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -التضحية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٧ -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦-

من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

٤٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يكون للاتحاد دستوره الخاص. ولكل ولاية كذلك دستورها المحلي وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية في نطاق إقليمها. وعليها جميعاً أن تتقيد في تشريعاتها وتصرفاتها بدستور الاتحاد، وإلا جاز الطعن عليها بمخالفاتها لقواعده، ولو كان دستورها المحلي يجيزها، أو لا يعارضها. وشرط ذلك بطبيعة الحال، أن يظل الاتحاد قائماً، فإذا انفرط عقد الاتحاد كلية، أو تقلص عدد ولاياته، فإن كل ولاية تخرج من الاتحاد، لا تسري عليها تنظيماته جميعها، ولكنها تستقل بكيانها، ويتصرفها لشؤونها.

٤٥٣- وقد كانت مصر طرفاً في اتفاق ضمها مع كل من الجمهورية العربية السورية والجمهورية العربية الليبية بقصد تكوين اتحاد ينسبط بتنظيماته على كامل أقاليمها، باعتباره نواة لوحدة عربية أشمل، وقاعدة لدعم قدراتها على تكوين جبهة أساسية تتفاعل فيما بينها، وتزيل الحواجز والفوارق الإقليمية التي تعوق حركتها.

ولم يصمد ذلك الاتحاد بعد إنهاء مصر لعضويتها فيه، وانسحابها من مؤسساته جميعها بما فيها سلطته التشريعية. وتم ذلك بقانون<sup>(١)</sup>.

وقد أقام عضو في هذه السلطة خصومة دستورية طلب إلزام المدعى عليهم فيها، بأن يعوضوه عن زوال عضويتها بها، وكذلك عن كافة المزايا المالية التي كان يمكن أن يحصل عليها لو ظل الاتحاد قائماً، وبقي هو عضواً في السلطة التشريعية الاتحادية. وقد أسس المدعي دعواه على أن الاتفاق على تكوين الاتحاد فيما بين الدول الثلاث المشار إليها، ينحل إلى معاهدة دولية، وأن إنهاء مصر لعضويتها في الاتحاد بقانون صدر عنها، يناقض التزاماتها الأساسية فيه، والتي تمنعها من الانسحاب بإرادتها المنفردة.

وقد قضى في هذه الخصومة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظرها. وذلك تأسيساً على ما يأتي:

(١) كانت هذه السلطة تسمى مجلس الأمة الاتحادي. وقد انسحبت مصر من الاتحاد بمقتضى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤ - وهو القانون الذي طعن بحكم دستوريته.

أولاً: أن نصوص دستور جمهورية مصر العربية لا يجوز تطبيقها في غير نطاق إقليمها؛ وأن القواعد الأساسية لهذا الاتحاد تظل لها ذاتيتها، ولو كان لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، بل ولو أقرتها الجماهير في استفتاء عام. ويتعين بالتالي فصل هذه القواعد عن دستور جمهورية مصر العربية.

ثانياً: أن اتحاد وثيقتين في طريقة إصدارهما، أو انطوائهما معا على قواعد دستورية بطبيعتها، لا يمجعهما في بعض، ولا يحيلهما إلى وثيقة واحدة تتفرق أجزاؤها، كلما كان لكل منها إقليم يتعلق به نطاق تطبيقها؛ وكان لكل من هاتين الوثيقتين أهدافها التي تستلزمها. فضلا عن صدورهما عن سلطتين تأسيسيتين مختلفتين، وتعلق إحداهما بدولة مركبة هي دولة الاتحاد، وأخرها بدولة بسيطة هي مصر بما ينعكس لزوما على جوهر الأحكام التي احتوتها كل منهما.

ثالثاً: أن انسحاب مصر من معاهدة دولية تكون طرفاً فيها، مؤداه التخلي عن أحكامها في مجموعها، فلا يكون انسحابها منها إجراء موقفاً لنفاذها قبلاً، ولا هو تعديل لبعض أحكامها، بل إنهاء لوجودها في علاقتها بها. ذلك أن الانسحاب -وباعتباره تصرفاً قانونياً يصدر عن إحدى الدول ببارئتها المنفردة لنوع تقدرها- يظل واقعا في إطار إدارتها لشؤونها الخارجية، ومنطويلاً على تحديد نطاق روابطها بغيرها من الدول، فلا يؤثر تطلها من معاهدة أبرمتها معها غير مسئوليتها الدولية عند قيام موجبها. وإذا كان رؤساء كل من مصر وسوريا وليبيا قد عهدوا إلى لجنة ثلاثية بوضع مشروع دستور لتنظيم الاتحاد في إطار من الأحكام الأساسية التي اتفقوا عليها، فإن زوال معاهدة تكوين الاتحاد في علاقة مصر بكل من سوريا وليبيا، يدل بالضرورة على سقوط ذلك الدستور في نطاق روابطها بهاتين الدولتين<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية- "دستورية" -قاعدة رقم ٢٩ -جلسة ١٩٩٦/٣- ص ٥٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الثالث عشر

#### امتناع مفاسدة النصوص القانونية التي

#### أفراد الطاعن من مزايها

٤٥٤- من المقرر في القضاء المقارن<sup>(١)</sup>، وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup> أن إثنين يحصلون من قانون على مزايا يقللونها، لا يجوز لهم الطعن في دستورية هذا القانون<sup>(٣)</sup>. وينتظر القضاء المقارن إلى هذه القاعدة بوصفها مبدءاً أولياً Axiomatic في مفاهيم قضاء الشريعة الدستورية الذين يرون أن الذين يستيقنون لأنفسهم مزايا وفراها لهم المشرع من خلال قانون، لا يستطيعون الطعن بعدم دستورية نص فيه. ذلك أن المزايا التي يفيدون منها، يستحيل توفيق حصولهم عليها مع إنكارهم دستورية القانون الذي كفلها<sup>(٤)</sup>.

One cannot in the same proceedings, both assail a statute and rely upon it. Nor can one who avails himself of the benefits of a statute, deny its validity.

ولا يجوز لهم بالتالي لو حصلوا على ترخيص بمزاولة عمل ما وفق قانون معين، إنكار دستورية القانون المرخص لهم بمباشرة هذا العمل.

٤٥٥- بيد أن هذه القاعدة تثير شكوكاً خطيرة حول منطقيتها وعدالتها. ذلك أن المخاطبين بالنصوص القانونية -كذلك التي تمنحهم ترخيصاً بمزاولة مهنة أو عمل بشروط معينة- يضطرون إلى توفيق أوضاعهم معها حتى لا يحرّموا من العمل بما يضر بحقهم في الحياة؛ وحتى لا تصيبهم هذه النصوص بعقوباتها التي تعرضها عليهم كجزاء على عدم التزامهم بأحكامها. فلا يكون أمامهم من خيار غير التقيد بتلك النصوص التي يؤمنون بمخالفتها للدستور.

(١) Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297 U.S. 288 (1936).

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٤ سنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٧ من ٧٣٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية.

(٣) Wilkes v. Dinsman (1849, U.S. 7 How 89; Wall v. Parrott Silver and Copper Co. 244 U.S. 407 (1917).

(٤) Buck v. Kuykendall, 267 U.S. 307 (1925).

ويمتثل بالنظر إلى الشروط التي علق المشرع عليها مباشرة الحق - كالحق في العمل - باعتبار أن الخضوع لها، مؤداه التسليم بها. ذلك أن خضوعهم للقانون أمر لا خيار لهم فيه. فإذا جحد هذا القانون حقاً مكفولاً لهم بنص في الدستور، جاز لهم إنكار دستوريته، وعلى الأخص إذا كان ذلك القانون يضر بهم في مجموع أحكامه، ولو كانوا قد حصلوا قبل الطعن عليه على بعض مزاياه التي لا تتكافأ قيمتها مع الأضرار التي أصابهم ذلك القانون بها.

ويتعين بالتالي للقول بعدم جواز الطعن في قانون أفاد الطاعن من مزاياه، أن يكون تلقى الطاعن للميزة التي كفلها هذا القانون، عملاً إرادياً صرفاً، وشياً يقبل ذلك القانون في جملة أحكامه. ذلك أن الميزة الموافقة للدستور تفترض أمرين:

أولهما: أن يكون الطاعن قد تلقاها باختياره. ثانيهما: أن يتوافر في هذه الميزة شروط التخصص Specificity. وهو شرط يحتم حصرها في الدائرة الضيقة التي تعمل فيها، فلا تجهض غيرها من الحقوق التي لا صلة لها بها<sup>(١)</sup> ولا كذلك النصوص القانونية المتشابهة التي يتعين أن يؤخذ بها في جعلتها، والتي يتنمى فصل بعض اجزائها عن باقيها. ذلك أن هذه النصوص تؤخذ متكاملة، فلا يجوز فصل بعض اجزائها عن بعض بالنظر إلى ما بينها من ترابط. فإذا وفر النص المطعون فيه ميزة للطاعن لا شأن لها بباقي نصوص القانون، فإن انفراطها بذاتها لا يجيز الطعن فيها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن النص المطعون فيه إذ خول كل ذي شأن حق المنازعة في تحديد قيمة الأموال المشمولة بالحراسة وقيمة التعويض المستحق عنها خلال سنتين يوماً من تاريخ علمه أو إخطاره على يد محضر بهذا التحديد وقيمة التعويض، فإن هذا الحكم يتمحض لمصلحة المدعين، ولا يتصور أن يكون قد أضر بهم. وليس لأحد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يطعن على نص تشريعي يكون قد أفاد من مزاياه<sup>(٢)</sup>.

(١) فلو أن تشريماً ضريبياً رفع حد الإعفاء من الأعباء المالية، فإن قبول الطاعن لهذه الميزة وإن منعه من الطعن عليها بعد أن ارتضاها، إلا أن هذا القبول لا يسقط حقه في الطعن على ما تضمنه قانون الصريبة من أحكام أخرى.

(٢) القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية \* دستورية \* جملة ٥/٩/١٩٩٢ ص ٢٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### المبحث الرابع عشر

#### امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها

٤٥٦- النزول عن الحقوق إسقاط لها. وشرط ذلك توافر الدليل على إرادة التخلي عنها، فلا يبقى لها من وجود بعد زوالها. فإذا نزل المدعى في الخصومة الدستورية عن الحقوق التي يطلبها، والتي تتعلق بها الترضية القضائية التي تستحقها؛ فإن هذا النزول يجرّد دعواه من كل فائدة كان يربّتها منها، فلا يكون ثمة محلّ تتعلق به الترضية القضائية التي ما أقام دعواه إلا بقصد الحصول عليها؛ وذلك سواء كان النزول عن هذه الحقوق صريحاً أم ضمناً، متخذاً سلوكاً أو تصرفاً قانونياً؛ وسواء تحقق هذا النزول بانقضاء ميعاد حدده المشرع لانقضاء الحق<sup>(١)</sup>، أم كان هذا النزول عملاً إرادياً.

وقد يتعلّق النزول بأحد الحقوق التي كفلها الدستور، كالنزول عن الحق في المشوّل أمام محلفين<sup>(٢)</sup>؛ أو عن الحق في الحصول على مشورة محام<sup>(٣)</sup>؛ أو عن الحق في ألا يحمل الشخص على الإدلاء بأقوال يقوم بها الدليل على ارتكابه لجريمة بذاتها<sup>(٤)</sup>. وكذلك النزول عن الحق في ألا يحاكم غلانية<sup>(٥)</sup>؛ وفي ألا يقبض عليه دون أمر قضائي وبناء على تحقيق<sup>(٦)</sup>.

وإذا كان النزول عن الحقوق جميعها - بما في ذلك تلك التي كفلها الدستور - لا يفترض، فقد تعيّن للقول بنزول المدعى في الخصومة الدستورية، عن الحقوق التي يطلبها فيها، أن يكون ذا صفة في اقتضاؤها، ثم تخلى عنها بعد أن علم علماً يقينياً - لا فرضياً أو حكماً - بحقيقتها وأبعادها. فإذا كانت الحقوق المدعى نزوله عنها من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور لكل مواطن، فإن القضاء المقارن - وفي الدول الفيدرالية على الأخص - يستهض كل قرينة تنقض هذا النزول. ذلك أن الحقوق التي يكفلها الدستور الفيدرالي لكافة المواطنين تعتبر من المسائل الفيدرالية التي يعود اتخاذ القرار النهائي بشأنها إلى المحاكم الفيدرالية، التي يتعيّن عليها أن تقرر ما إذا كان

(١) Yakus v. United States 321 U.S. 414, 444 (1944).

(٢) Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, (1966).

(٣) Johnson v. Zerbst 304 U.S. 458 (1938).

(٤) Escobedo v. Illinois 378, U.S. 478 (1964).

(٥) Singer v. United States 380 U.S. 24 (1965).

(٦) Zap v. United States 328 U.S. 624 (1946).

إخفاق المدعى في الخصومة الدستورية في اللجوء إلى الوسائل الإجرائية التي كفلها قانون الولاية للحصول على الحماية التي يطلبها للحقوق التي يدعيها، يأخذ حكم النزول عنها<sup>(١)</sup>.

٤٥٧- وفي مصر، تقبل المحكمة الدستورية العليا تخطي المدعى عن الخصومة الدستورية التي رفعها، كلما جاز في القانون اعتباره تاركاً لها. فإذا نزل عن الحقوق موضوعها، فإن هذا النزول لا يعنيها، إذ الشأن في إثباته لمحكمة الموضوع.

وفي الأعم من الأحوال لا يعود المدعى إلى هذه الخصومة بعد تركها؛ وإن جاز دائماً أن يرفعها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا وفق القواعد المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها.

وفي هذا المقام يتعين التمييز بين ترك الدعوى والنزول عن الحق المتنازع عليه فيها. ذلك أن ترك الدعوى مؤداه عدم موالاة نظرها، وانقطاع صلة المدعى بها. ولكن هذا الانقطاع لا يحول دون رفعها من جديد طلباً للحقوق ذاتها التي كانت تنور حولها دعواه الأولى ما لم تنقادم. ولا كذلك أن يسقط المدعى في هذه الخصومة الحقوق موضوعها، لأنه يزيلها بتخليه عنها. فعإذا عرّض مثل هذا النزول عن المحكمة الدستورية العليا، فإن تحققها من جوازه لا يدخل في ولايتها. فإذا نزل عن الحق في دعواه الدستورية، وجب عليها ألا تقبل هذا النزول إلا إذا بان لها بدليل قطعي استيفاءه لتسوية شاملة لهذا الحق تكفلها له السلطة التي جحدته، لتحل هذه التسوية الاتفاقية محل الترضية القضائية.

فإن لم تكن ثمة تسوية من هذا القبيل -وموضوعها بالضرورة حقوق من طبيعة مالية- فإن مضيقها في نظر الخصومة الدستورية يكون واجباً. فالحق في التعويض عن التأميم أو عن نزع الملكية، وكذلك رد الأموال المصادرة إلى أصحابها، جميعها من الحقوق المالية التي تعتبر تسويتها من السلطة التي جحدتها، شرطاً لازماً للتخلي عن الخصومة الدستورية.

أما ما كان من الحقوق متصلاً بالشخصية الإنسانية، كالحق في الحياة وفي الحرية، وفي المساواة، وفي الخلق والإبداع، فإن النزول عنها يفيد عودة المتنازل إلى أوضاع السخرة والرق، وسحق آدمية الإنسان فيه، وهو ما لا يجوز.

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).



### المبحث الخامس عشر

#### امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها<sup>(١)</sup>

٤٥٨- قد يقيم الفرد خصومة قضائية تتوافر فيها كل الشروط التي يقتضيها الدستور والمشرع في شأن مقوماتها وأوضاعها التي ينتها بها موضوعها للفصل فيه، كاكتمال عناصر نضجها، وحدة النزاع بين أطرافها. بيد أن موضوع هذه الخصومة قد يشير مسائل سياسية بطبيعتها لا يجوز معها إصدار حكم في موضوع النزاع<sup>(٢)</sup> ذلك أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تمتد إلى مسائل يتعدى الفصل قضائياً فيها. وتمثل الشؤون الخارجية النطاق الأكبر لتطبيق نظرية الأعمال السياسية، على تقدير أن قضاة الشرعية الدستورية يتجنبون الفصل في الطريقة التي تدار بها هذه الشؤون بالنظر إلى اتصالها بالسياسة الوطنية، وتعد العناصر التي تدخل في تكوينها وتشعبها.

وعلى ضوء هذا المفهوم، يدخل تقدير ملائمة التفويض الصادر من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية، في إطار المسائل السياسية. ويندرج كذلك في نطاقها مباشرة السلطة التنفيذية لامتيازاتها التي اختصها الدستور بها. كقرارها بأن ممثلي الدول الأجنبية المعتمدين لديها، هم الذين أنابتهم دولهم عنها في تمثيلها<sup>(٣)</sup>؛ وأن المعاهدة التي أبرمتها مع إحدى الدول الأجنبية، قد وقعها ممثلها<sup>(٤)</sup>. وليس لجهة الرقابة القضائية كذلك أن تجد اعترافها باستقلال إحدى الدول<sup>(٥)</sup> أو أنها تبأشر سيطرة فعلية على إقليمها<sup>(٦)</sup>؛ ولا أن تتازعها في قرارها بأن حرباً اضطرر أوارها وتدور رحاها بين دولتين أو أكثر، أو أن أعمالاً عدائية قائمة بينها<sup>(٧)</sup>؛ ولا أن تخوض في قرارها بشأن

(١) Scharpf, "Judicial Review and the Political question" A fundamental Analysis. 75 Yale law journal. 517, 566- 82 (1966); Finkelstein. "Judicial Self- Limitation. 37 Harv. L. Rev. 338, 361 (1924); Redish", Judicial Review and the Political Question". 79 N.Y.L. Review 1031, 1022- 1055 (1985).

(٢) Department of Commerce v.Montana 503 U.S.442 (1992).

(٣) In Re Bais 136 U.S. 403 ( 1890 ).

(٤) Doe v. Braden 75 U.S. 16 How , 635 ( 1853 ).

(٥) United States v.Palmer, 16 U.S. ( 3 Wheat) 610 (1818); Jones v. United States. 137 U.S. 202 (1890); Oetjen v.Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918).

(٦) Foster V. Nelson, 27 U.S. (2pet) 253 (1829).

(٧) Ware v. Hylton 3 U.S. (3Dall) (1796).

إحدى الدول التي كانت ترتبط معها بمعاهدة ثنائية، لم تعد تمثل شعبها، وأن كيانا جديدا قد حل محلها<sup>(١)</sup>. ولا أن تناقشها في الكيفية التي تدير بها علاقاتها السياسية<sup>(٢)</sup>.

### ويعتبر كذلك من الأعمال السياسية:

١. قرار تكوين قوة نظامية سواء صدر بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بموافقة السلطة التشريعية. وسواء تعلق الأمر بإعداد هذه القوة أو تجهيزها أو تدريبها، أو بمعايير التحقق من كفاءتها، بما يقيم بنيانها ويكفل نهوضها بمسئوليتها<sup>(٣)</sup>.

٢. قرار الدخول في معاهدة دولية سواء بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بمشورة السلطة التشريعية، وموافقتها.

٣. قرار السلطة التنفيذية بإلغاء معاهدة دولية، ولو كان الدخول فيها مشروطا بموافقة السلطة التشريعية.

٤. قرار السلطة التنفيذية رفض الترخيص بالطيران فوق إقليمها لجهة أجنبية<sup>(٤)</sup>. كلما بنى هذا الرفض على تقارير قمتها إليها الأجهزة الأمنية. وهي تقارير لا يجوز للجهة القضائية أن تحل نفسها محل السلطة التنفيذية في مجال تقييمها لتلك التقارير التي تتسم بسرية معلوماتها وبحساسيتها، ويتعذر كشفها لجهة الرقابة. فضلا عن أن الإطلاع عليها، تكثفه محاذير كثيرة ينهي توقيها. كذلك فإن رفض هذا الترخيص يرتبط بعوامل كثيرة يعذر التنبؤ بها، ويعود النظر

(١) راجع في ذلك رأي القاضي Brennan في قضية Goldwater v. Carter, 444 U. S. 996 (1979) وتلخص وقائمه في أن الحكومة الأمريكية المركزية ألغت معاهدة الدفاع المشترك بينها وبين تايوان بعد اعترافها بجمهورية الصين الشعبية.

(٢) In re Baiz, 136 U.S. 403 (1890).

(٣) Gilligan v. Morgan 413 U.S. 1 (1973).

(٤) Chicago v. S.Air Lines v. Waterman S.S Corp., 333 U.S. 103,111, (1948).

ويلاحظ أن قرار السلطة التشريعية بتوفير الشروط التي يتطلبها قانون أقرته في شأن أحد المخاطبين بأحكامه، لا يعتبر من المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في توافر هذه الشروط أو تخلفها من إختصاص السلطة القضائية وحدها.

فيها إلى المسؤولين عن رخاء شعبهم حتى لا يعاق. فضلا عن أن منح هذا الترخيص أو حججه يتصل بالكيفية التي تكبر بها السلطة التنفيذية علاقتها الخارجية.

٤٥٩- وما يقال من أن نصوص الدستور جميعها ينبغي إحترامها، وأن على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تباشر ولايتها في شأن كل عمل أو إجراء يصدر مخالفا لها، أيا كان محتواه أو الهيئة التي صدر عنها؛ وإلا جاز التذرع بوجود ثمة مناطق من الدستور لا يجوز لجهة الرقابة القضائية أن تمد بصرها إليها<sup>(١)</sup>؛ مردود أولاً: بأن المسائل السياسية تعصمها طبيعتها عن مراجعتها قضائيا؛ وأن ما قد يثور من جدل بشأنها لا يجوز أن يتناول حقيقتها، ولا ضرورة تجنبها؛ وأن معايير تطبيقها، وضوابط تحديدها -التي لا زال النزاع حولها محتكما حتى في النظم غير القنطرة- هي التي ينبغي للتركيز عليها، وأن نوجه اهتمامنا لها.

ومردود ثانياً: بأن قضاء الشرعية الدستورية، وإن كانوا لا يفصلون في المسائل السياسية، فليس ذلك لأنهم يفضون ألسانهم عن مناطق في الدستور، فلا يرونها، ويتجاهلون بالتالي حقيقة أن نصوص الدستور جميعها لا تتأبى على التطبيق، وأنها في حقيقتها قانون يتعين فرض أحكامه على الدولة والناس جميعهم. ذلك أن السلطة القضائية إذ تقرر أن الدستور قد عهد باختصاص معين إلى الكونجرس أو إلى السلطة التنفيذية، فإنها لا تتخلى بذلك عن ولايتها، ولكنها تقرر فقط أن مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص معين بناء على نص في الدستور، لا يولد حقوقاً لأخرين يجوز استخلاصها قضائياً وتنفيذها جبراً Judicially enforceable rights.

ذلك أن تقرير هذه الحقوق وتنفيذها، لا يلتزم والسلطة المنفردة التي يملكها البرلمان أو التي تباشرها السلطة التنفيذية وفقاً للدستور. ولا يدخل السلطة القضائية أن تحل محلها فيما قصره الدستور عليهما. ويتقضيها ذلك أن تتحقق أولاً مما إذا كانت السلطة التي يباشرها البرلمان أو السلطة التنفيذية واقعة في الحدود المنصوص عليها في الدستور. فإذا بان لها ذلك، فإن مزاحمة إحداهما في اختصاص أفرده الدستور لها، يكون لغواً.

ومردود ثالثاً: بأن السلطة القضائية إذ تتحى نفسها عن الفصل في المسائل السياسية، فإنها لا تفصل في شرط المصلحة؛ ولا في شكل الترضية القضائية التي يستحقها المدعى في الخصومة

(١) Henkin, "Is There a Political Question Doctrine", 85 Yale L.J. 607- 17 (1976).

الدمستورية؛ ولا فى نوع الأضرار التى يقول بحوثها؛ ولكنها تقرر فقط أن الحقوق التى يطلبها المدعون فى الخصومة الدستورية، يفترض أن ترتبط بأضرار أصابتهم بخير حق. وهو ما لا يتحقق فى مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص أفردة الدستور لهما، إذ ليس ثمة قيود يمكن فرضها على هذا الاختصاص، وليس ثمة حقوق يمكن استخلاصها بالتالى كنتيجة مترتبة على تجاوز قيود نص الدستور عليها<sup>(١)</sup>.

٤٦٠- ومن المقرر كذلك أن تشخيص المسائل السياسية أو تصنيفها لفصلها عما سواها، لا يتأتى من خلال معيار عام يعتبر جامعا لكل فروضها، أو محيطا بصور تطبيقاتها على اختلافها. وإنما يعد فى تحديد المسائل السياسية بتفريدها لا بتعميمها، حتى تتحقق جهة الرقابة القضائية من توافر متطلباتها فى كل حالة على حدة<sup>(٢)</sup>.

Political questions may be more amenable to description by infinite itemization than by generalization.

ومع التسليم بأن مفهوم المسائل السياسية ليس مستعصيا على التحديد، وعلى الأقل فى مناطق بذواتها تبدو فيها هذه المسائل وثيقة الصلة بالحدود التى احتجزها الدستور لكل من السلطين التشريعية والتنفيذية وفقا لضوابط الفصل بينهما؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية تطوّر فى القضاء المقارن. ذلك أن النظرة التقليدية لها هى التى بلورها القضاء الأمريكى فى قضية Marbury v. Madison وحاصلها أن يفصل قضاء الشرعية الدستورية فى كافة المسائل الدستورية التى تعرض عليهم، وذلك فيما خلا تلك التى يكون الدستور قد ناط مسؤولية اتخاذ قرار منها فيها بالسلطة التشريعية أو التنفيذية<sup>(٣)</sup>. وليس لهم بالتالى إقحام أنفسهم فى مسائل عهد الدستور بها إلى السلطة التنفيذية مفردة<sup>(٤)</sup>.

(١) Laurence H. Tribe, 97- 98 .

(٢) Frank, Political Questions, Supreme Court and Supreme Law (Bloomington, 1954), p.36.

(٣) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 Harvard Law Review, 1,7 (1959); "Weston, Political Questions", 38 Harv. L. Rev., 296 (1925).

(٤) Marbury v. Madison, 1Cranch ( 5 U.S. ) 137, 170, ( 1803 ).

فقد تقرر فى هذه القضية الأخيرة أن المسائل المجترة بطبيعتها سياسية، أو التى عهد بها الدستور إلى السلطة التنفيذية، لا يجوز أن تنظرها المحاكم.

ففي قضية Ware v. Hylton رفض القضاء الأمريكي النظر فيما إذا كان رئيس الجمهورية قد أخل بمعاهدة دولية<sup>(١)</sup>. وكذلك فيما إذا كان استدعاؤه الميليشيا بناء على تفويض من الكونجرس، يعتبر إجراء ملائماً أو غير ملائم<sup>(٢)</sup>.

كذلك قرر القضاء الأمريكي -في قضية Luther v. Borden- أن وجود جهتين متناحرتين تنصارعان على السلطة في جزيرة Rhode Island يدخل الكونجرس دون غيره، أن يقرر أليهما هي الحكومة الشرعية. فإذا فصل في ذلك، تعين عليه أن يفصل بعدئذ فيما إذا كان شكلها يعد جمهورية أو لا<sup>(٣)</sup>.

وقد خول الدستور الأمريكي رئيس الجمهورية أن يوفر الحماية لكل ولاية في مواجهة اضطرابات الداخلية، وأن يتدخل بالقوة لإعادة الهدوء والنظام إليها بناء على طلب السلطة التشريعية في الولاية أو حاكمها.

ولرئيس الجمهورية في هذه الأحوال أن يحدد في نطاق سلطته التنفيذية، الجهة التي تعتبر من منظوره، هي السلطة التشريعية في الولاية، ومن هو حاكمها.

وليس لجهة قضائية أن تقرر أن جهة غير التي عينها رئيس الجمهورية، هي السلطة التشريعية المحلية، أو أن شخصاً غير من حدده، هو حاكمها<sup>(٤)</sup>.

٤٦١- وعبر السنين، ظل تطبيق مفهوم المسائل السياسية قائماً على أن بعض المسائل الدستورية لا تقبل بطبيعتها الفصل قضائياً فيها Non Justiciable Issues. ودل القضاء المقارن على أن المسائل السياسية تكون كذلك:

(١) Ware v. Hylton, 3 Dall (3 U.S.) 199 (1796).

(٢) 12 Wheat (25 U.S.) 19 (1827).

(٣) Luther v. Borden 7 How. (48 U.S.) 1, (1849): See also Pacific States Tel v. Oregon 223 U.S.118 (1912).

(٤) Luther v. Borden, 7 How. 48 ( U.S. ) 1,40 ( 1849 ).

ويدخل كذلك في إطار المسائل السياسية تحديد من هو الحاكم الفعلي أو الشرعي De jure orde fact في دولة أجنبية.

١. إذا لم تتوافر لقضاء الشرعية الدستورية المعلومات اللازمة للفصل في النزاع وتعذر عليهم الحصول عليها<sup>(١)</sup>.

The lack of requisite information and the difficulty of obtaining it.

٢. لو إذا كان ضرورياً توحيد القرار في بعض المسائل، وإحالة إلى الأفرع السياسية التي تتولاها بحكم مسئوليتها الأعرض<sup>(٢)</sup>.

The necessity for uniformity of decision and deference to the wider responsibilities of the political departments.

٣. أو إذا لم تكن لديهم معايير أو ضوابط ملائمة يستهضونها لحل النزاع المطروح عليهم

The lack of adequate standards to resolve a dispute.

٤٦٢- وتحدد المسائل السياسية بالتالي صوراً من القيود التي يطرحها الدستور على مباشرة قضاء الشرعية الدستورية لولايتهم. ومن ثم تكون المسائل السياسية جزءاً من مفهوم أشمل يتصل بالمعامل التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها بوجه عام. وإذا كان قضاء الشرعية الدستورية يتجنبون الخوض في المسائل السياسية بما يضر بهيبتهم، أو يشي بشرعهم.

A way of avoiding a principled decision damaging to the court or an expedient decision damaging to the principle.

إلا أن من المحقق أن المسائل السياسية لا قيام لها، كلما كان الإخلال بقاعدة في الدستور -كذلك التي تتعلق بشرط الحماية القانونية المتكافئة- يولد حقوقاً لهؤلاء الذين أضر بهم قانون أهدر هذه القاعدة، أو حد من نطاق تطبيقها.

وخير مثال على ذلك قضية Baker v. Carr. ذلك أن موضوعها تعلق بتقسيم أرجاء مشروع الولاية للدوائر الانتخابية المختلفة في عدد سكانها، والتي كان من شأن اختلافاً على هذا النحو، أن صار للناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، أصواتاً أقل من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد سكانها، بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة بين

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 453 (1939).

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962)

هؤلاء وهؤلاء. وقام قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية على أسس أن المسائل السياسية: Political Questions غير القضائية السياسية: Political Cases؛ وأن من سلطة المحكمة أن تفصل في كافة المسائل التي يطرحها المتداعون عليها كلما كان أساسها مجاوزة اختصاص مقرر الدستور؛ ولأن معايير تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين بعضهم وبعض، يسهل إدراكها وتطبيقها، فلا يدخل النزاع المتعلق بها في نطاق المسائل السياسية<sup>(١)</sup>.

٤٦٣- وتحليل القضاء المقارن في شأن المسائل السياسية، يدل على أن جهة الرقابة على الدستورية إما أن تأخذ في شأنها بوجهة نظر تقليدية A classical view تلزمها بالفصل في كل خصومة تعرض عليها، ما لم تنص المسائل التي تثيرها -وفي حدود اجتهداها القضائي- بأن الدستور عهد بالفصل نهائيا فيها إلى السلطة التشريعية أو إلى السلطة التنفيذية.

وأما أن تأخذ بوجهة نظر تحوطية A prudential view فتوقى بها الفصل فسي موضوع النزاع المطروح عليها، كلما كان الفصل فيه يقتضيها التخلي عن مبدأ هام، أو التضحية بهيبتها.

وإما أن تأخذ بوجهة نظر وظيفية A functional approach تلزمها بأن تولي اعتبارها لكافة العوامل التي تحول دون أدائها لوظيفتها القضائية بالطريقة السليمة. ويندرج تحتها صعوبة حصولها على المعلومات الكافية للفصل في الخصومة المطروحة عليها؛ وضرورة صدور قرار واحد في المسائل موضوعها، والممثلات الأكبر الملقاة على عاتق السلطة التشريعية أو التنفيذية في شأن هذه المسائل.

٤٦٤- ويدل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Baker v. Carr على محاولتها تأسيس نظرية المسائل السياسية، حتى تقيم لها أعمدتها من خلال ضوابط تعين على تحديد مفهومها، وتبين أسسها. ذلك أنها تقدم لهذه المسائل من خلال عدد من المعايير التي حددتها، والتي تقول بأنها تظهر بنفسها، وتُطَل برأسها في كل خصومة تكون المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية.

(١) Pollack "Judicial Power and the Politics of the people", 72 Yale L.J. 81, 88 (1962), See Also, Bonfield "Baker v. Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government" 50 Calif. L. Review, 245, 253-55 (1963).

فالمعايير التي ركنتها تعريفاً بالمسائل السياسية، وتجلية لمفوض جوائنها، هي الآتي بيانها:

أولاً: مسائل اختصاص الدستور بها وبصورة لا تخطئها العين - السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

A textually demonstrable constitutional Commitment to a coordinate political department

[وهذه هي وجهة النظر التقليدية في شأن المسائل السياسية]

ثانياً: مسائل لا تتوافر لجهة الرقابة على الدستورية بشأنها، المستويات القضائية التي يمكنها من البصر بها والارتكان إليها لحل النزاع المطروح عليها. ولا تتوافر بشأنها بالتالي لهذه الجهة معايير واضحة تمسكها بيدها، وضوابط قاطعة تستلهمها في حل ذلك النزاع.

A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it.

ثالثاً: مسائل يستحيل الفصل قضائياً فيها قبل أن تحدد جهة غير قضائية - في حدود مبطنتها التقديرية - سياستها المبدئية بشأنها.

The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion.

[والمعياران المشار إليهما في ثانياً وثالثاً، يبلوران وجهة النظر الوظيفية لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في شأن تحديد المسائل الدستورية].

رابعاً: مسائل يستحيل على جهة الرقابة القضائية أن تصدر قراراً بشأنها مستقل به عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بخير أن تتجاهل فريضة الاحترام التي ينبغي أدائها لهاتين السلطتين.

The impossibility of a court's undertaking independent decision without expressing lack of the respect due coordinate branches of the government .

خامساً: ألا يكون أمام جهة الرقابة القضائية على الدستورية خيار غير الانضمام إلى قرار سياسي صدر فعلاً.



An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made.

سائما: رجحان الوقوع في الحرج من جراء صدور أكثر من قرار في موضوع واحد من أكثر من فرع من فروع الحكومة.

The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

[والمعايير المشار إليها في رابعا وخامسا، وسائما، نابعة جميعها من النظرة التحوطية لجهة الرقابة على الدستورية في معالجتها للمسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة المطروحة عليها].

٤٦٥- والفكرة الجامعة بين الضوابط التي حددت بها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مفهوم ونطاق المسائل السياسية التي تخرج عن حدود الوظيفة القضائية، أن هذه المسائل جميعها مستحصية بطبيعتها على الفصل قضائيا فيها لاعتبار كامن فيها Inherently non-justiciable - لا لأن ثمة مناطق من الدستور ينبغي حجبها عن السلطة القضائية فلا تمد بصرها إليها- وإنما لأن الدستور عهد بالفصل في بعض المسائل الدستورية إلى غير السلطة القضائية، فلا يجوز أن نقحم نفسها فيها.

٤٦٦- والناقدون لمفهوم المسائل السياسية؛ يرون أن جهة الرقابة على الدستورية كان يكتفيها إما أن تقرر أن المسائل التي تدخل في الولاية المنفردة للسلطة التشريعية والتنفيذية، لا تجوز رقابتها قضائيا؛ وأما أن تقرر انتفاء مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية في الطعن على المسائل التي تراها من طبيعة سياسية؛ أو تعلن صعوبة تقرير الترضية القضائية الملائمة في شأنها<sup>(١)</sup>.

#### ووجهة نظر هؤلاء الناقدتين يعيها:

أولاً: أن السلطة ينبغي توزيعها بما يحول دون تنازع الأفرع التي تمارسها، أو تنافسها فيما بينها. ولا يجوز أن نتخذ من غموض نصوص الدستور موطئا لهم قاعدة الفصل بين السلطتين

(١) Henkin, "Is there a 'Political Question' Doctrine," 58 Yale law Review, 607- 17 (1976).

التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية التي تكافئها في وزنها من ناحية ثانية. ذلك أن لكل سلطة ولاية تتحدد على ضوء طبيعة وظائفها والأغراض المقصودة من إسنادها إليها. وفي منطقة الفصل هذه، تظهر المسائل السياسية في الأعم من تطبيقاتها. ومما يناقض الوظيفة التي تقوم عليها جهة الرقابة على الدستورية، أن تقوم نفسها في مسائل اختص الدستور بها السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، وفوضهما باتخاذ القرار النهائي فيها.

ثانياً: لئن جاز القول بأن نصوص الدستور تقبل بطبيعتها تنفيذ أحكامها في مواجهة المخاطبين بها، إلا أن نظرية المسائل السياسية لا تفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تكون عمية بالنسبة إلى مناطق الدستور. ذلك أن هذه الجهة لا تتخلّى عن وظيفتها حين تنظر إلى بعض المسائل الدستورية بوصفها من طبيعة سياسية. ولكنها تقرر فقط -وفي حدود سلطتها- في تفسير الدستور- أن العمل أو الإجراء الصادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في موضوع معين، لا يولد حقوقاً يجوز تنفيذها قضائياً. Does not yield judicially enforceable rights. وفرضها بالتالي على هاتين السلطتين. وعليها من ثم أن تفصل ابتداء فيما إذا كان العمل أو الإجراء الصادر عن إحدهما يدخل في إطار المهام التي اختصها الدستور بها، وقصرها عليها.

وقضاؤها في ذلك لا يتعلق بالمصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في الخصومة الدستورية، ولا بنوع الأضرار التي عانى منها، ولا بطبيعة الترضية التي ترد العدوان عن الحقوق التي يدعيها. وإنما يتعلق قضاؤها بما تنفرد به السلطانان التنفيذية والتشريعية بناء على نص في الدستور؛ وما إذا كان بوسعها أن تستخلص من هذا النص، الحقوق التي يطلبها المدعي في هذه الخصومة.

بما مؤده أن ما ينبغي أن نخوض جهة الرقابة على الدستورية فيه، هو ما إذا كان في استطاعتها أن تترجم مبدأ أو أكثر كامناً وراء نص في الدستور، إلى قيد على السلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن الإخلال بالتقيد هو وحده الذي يفرز الحقوق الفردية التي يجوز طلبها وتنفيذها قضاء من خلال تخريجها على نصوص الدستور بعد تفسيرها.

فلا تتفصل نظرية الأعمال السياسية -في مدارها ومحتواها- عن المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها. وفي ذلك تحديد لإطار الوظيفة القضائية، وتقرير لتخومها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن الأعمال لا تعتبر سياسية بناء على درجة أهميتها للسلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن المسائل السياسية غير القضايا السياسية.

فالذين يدعون بأن تقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، وتحديد المقاعد التي تخص كلا منها، قد أغلقت تفاوتها في عدد سكانها، وحط بالتالي من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، بالقياس إلى وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد المقيمين بها، إنما يركزون مناعهم على إخلال هذا التقسيم بشرط الحماية القانونية المتكافئة. وهو شرط يولد حقوقاً فردية يجوز تنفيذها قضاء على ضوء المعايير والمستويات التي ألغتها جهة الرقابة على الدستورية وطورتها في مجال تطبيق هذا الشرط<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: أن مفهوم المسائل السياسية ليس إلا استثناء من أصل خضوع المسائل الدستورية للرقابة على الشرعية الدستورية. ولا يحول هذا الأصل دون النظر إلى بعض المسائل الدستورية باعتبار أن جهة الرقابة على الدستورية غير مهية للفصل فيها III - suited بالنظر إلى طبيعتها، كالمسائل الحيوية التي لا يجوز أن يكون للدولة فيها غير صوت واحد.

Single voiced statement of the Governments' views.

كذلك المتعلقة بإدارة الدولة للشئون الخارجية. ولا يتصور بالتالي أن يعمل حكم قضائي من بنیان السياسة الخارجية التي تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية برسمها، ولا أن يوجهها بما يضر بمصالحها. خاصة وأن خطأ جهة الرقابة على الدستورية في مجال تقييم هذه المسائل الدستورية، قد يكون فادحاً في تكلفته، وقد يعوق تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن القومي كإدارة الدولة لعملياتها الحربية.

(١) قررت المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية أن الفصل فيما إذا كتبت الحكومة القائمة في الولاية هي الحكومة الشرعية، لم أن التوال الذين يحدثون سلطتها وينزعونها فيها، هم الأحق بتولي شؤونها، لا يدخل في اختصاصها، بل يفرد لكونجرس بالفصل فيه.

Laurence H. Tribe, American Constitutional law, second edition, pp. 97-98. ولراجع أيضاً: Luther v. Borden, 48 (7 How. 1) (U.S. 1849).

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

ويتعين بالتالي أن تتقيد جهة الرقابة على الدستورية في هذه الأحوال -وما يماثلها- بأن يكون موقفها منها قائما على التحوط، وأن تنظر إلى نفسها -لا باعتبارها جهة قضائية خولها الدستور سلطة الاعتراض على كل قانون، وكل إجراء أو تكبير صدر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية A veto power- وإنما بوصفها نقطة التوازن بين سلطتين أخريين منتخبين، لكل منهما اختصاصاتها التي كفلها الدستور، وينبغي أن يتاح لهما قدر من حرية التقدير فيما تتفردان به من الشئون، ما فتتا ملتزمين بتخوم الولاية التي حددها الدستور لكل منهما

خامساً: أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تتخلى عن مسؤوليتها في ضرورة ضبط المسائل السياسية، وتقرير ما يندرج تحتها أو يخرج عنها.

وهي تعيد النظر في نطاقها من أجل حصرها في دائرة ضيقة، وعلى الأخص لأن عنصر الزمن كثيرا ما يدخل تغييرا على مفاهيمها بما يعزل مما كان مستقرا من ثوابتها. فلا تتداح دائرتها، ولا تتحول المسائل السياسية إلى جوامد تفرض نفسها على جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها الحقيقة التي لا تتبدل. وإنما يظل نطاق المسائل السياسية مرنا منحصرا في حدود منطقية، ونائيا عن معايير جامدة لها قوالبها الصماء التي تصبها فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

وأظهر مثال على ذلك أن تقسيم السلطة التشريعية للدوائر الانتخابية، كان يعامل باعتباره من الحقوق الثابتة لها التي لا يجوز نقضها. وكان ينظر إلى الطريقة التي اختطها هذه السلطة لإجراء ذلك التقسيم باعتباره من إطلاقاتها، وأن جهة الرقابة على الدستورية مجردة من الوسائل القضائية التي تعيد بها تقسيم هذه الدوائر بما يكفل تناسبا قدر الإمكان بين عدد سكانها والمقاعد المرصودة لها في المجالس ذات الصفة التمثيلية. ولا يجوز لها بالتالي أن تقحم نفسها في أدغال سياسية A political thicket which Courts ought not to enter تتعلق بدورها عليها وتتوهم بيسر أغصانها في تشابكها وتعتدها<sup>(١)</sup>.

(١) Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

وقد قرر القاضي فرانكفورت في هذه القضية أن المدعين يطلبون في هذه القضية من المحكمة ما يخرج عن اختصاصها. وأن النزاع حول دستورية تقسيم الدوائر الانتخابية في هذه القضية، من طبيعة سياسية صرفه. ولا يجوز بالتالي الفصل قضائيا فيه.

واليوم تحول هذا المفهوم من النقيض إلى النقيض. إذ صار ثابتاً أن هذه الأدغال لا وجود لها إلا في عقل من يتوهمونها، وأن ما تراه السلطة التشريعية ملائماً من النظم والدوائر الانتخابية سواء في مضمونها أو تقسيماتها، مشروط بضمانها للحقوق السياسية لمواطنيها، والتي ينلجج تحتها أن تنكأ أصواتهم في وزنها، وأن يكون لكل دائرة انتخابية عدد من المقاعد في المجالس التمثيلية يتحدد قدر الإمكان بمراعاة عدد سكانها.

Equal representation for equal number of people as nearly as possible.

سادساً: أن تمييز السلطة التشريعية أو التنفيذية بين مواطنيها، لا يجوز أن يعامل كتعبير عن سياسة اختطتها لا تجوز مناقشتها فيها. ذلك أن كل تمييز غير مبرر لا يدل إلا على تحكمها وتشهيبها. ويستحيل أن يكون عملاً سياسياً.

سابعاً: أن تعقد الفصل في بعض المسائل الدستورية أو تشابكها في العناصر التي تقوم عليها، لا يحلها بالضرورة إلى مسائل سياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- غيرها من المسائل الدستورية التي تنفرد جهة الرقابة على الدستورية أصلاً بالفصل فيها. وعليها بالتالي أن تتخذ قراراتها في كل شأن يتعلق بوظيفتها القضائية استقلالاً عن السلطين التشريعية والتنفيذية، ولو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المطروحة عليها يصادم توجهها لإحداهما أو يحرجهما.

ثامناً: أن امتناع الفصل قضائياً في المسائل السياسية، مرده أن تدخل جهة الرقابة على الدستورية فيها، لن يسعها في أن تستخلص من نصوص الدستور المدعى مخالفتها لأحكامها؛ حقوقاً فردية لأصحابها؛ وأن اقتحام هذه المسائل كثيراً ما يقترن بآثار ضارة عليها أن تتجنبها، ويندرج تحتها أن تتمرد السلطان التشريعية والتنفيذية عليها، فلا تنفذ أحكامها فيما يختصهما الدستور بتقريره. ولا يتصور بالتالي أن تصدر جهة الرقابة على الدستورية قراراً سياسياً في موضوع الخصومة التي تنظرها، وإنما تقتصر مهمتها على الفصل بحكم نصه، في المسائل القانونية التي تثيرها هذه الخصومة<sup>(١)</sup>.

(١) Edward L. Barrett Jr., William Cohen., Jonathan D. Varat, "Constitutional law, Cases and Materials", eighth edition, 1989, p.144

تاسعاً: أن نصوص الدستور لا يجوز أن تفسر بأن رصد كل خروج عليها أمر تتولاه السلطان التشريعية والتنفيذية دون غيرها في نطاق المحاسبة السياسية، وليس على صعيد المسؤولية القانونية<sup>(١)</sup>.

٤٦٧- وينبغي أن يلاحظ في شأن المسائل السياسية ما يأتي:

١. أن السلطة التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية في مجال التفسير النهائي للدستور، هي الضمان القاطع لإنهاء كل جدل حول مضمونه. ومباشرتها لهذه السلطة ليس من شأنه إخراج السلطين التشريعية والتنفيذية أو إحداهما، أو تجريحها، أو مناطحتها في طريقة فهمها للدستور. إذ لا يجوز أن نفترض توافقاً فيما تراه جهة الرقابة على الدستورية، وهاتين السلطين، تفسيراً صائباً لأحكامها. فلا يكون أمام هذه الجهة إلا أن تتحمل بمسئوليتها القضائية فصلاً في المسائل الدستورية التي طرحتها الخصومة القضائية، وبغض النظر عن آثار حكمها.

٢. أن المسائل التي تتصل بإدارة السلطة التنفيذية لشئون علاقاتها الخارجية سواء كان قرارها فيها منفرداً أم بالتعاون مع السلطة التشريعية، لا تعتبر جميعها من المسائل السياسية. ذلك أن واقعة إبرام معاهدة دولية أو إنهاء العمل بها، وإن صح اعتبارها من المسائل السياسية، إلا أن الفصل في دستورية المعاهدة سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، أو من ناحية توافق أحكامها مع مضمون نصوص الدستور، يظل حقاً لجهة الرقابة على الدستورية. كذلك يجوز لهذه الجهة، إذا لم يكن قد صدر قرار عن السلطة السياسية بإنهاء معاهدة أبرمتها، أن تفسو الأوضاع التي أحاطتها بعد العمل بها بما يفيد زوال آثارها.

وكما كان القرار بإنهاء معاهدة دولية، مقتضياً تدخلاً من السلطة التشريعية وفقاً للدستور، فإن قرار رئيس الجمهورية بالتدخل منها، يكون مخالفاً لأحكامها بما يستتبعه الولاية التي تباشرها جهة الرقابة القضائية في شأن المسائل الدستورية. ذلك أن تلك الجهة إنما تطبق قواعد الدستور التي وزع بها الاختصاص بين السلطين التشريعية والتنفيذية. وهي بعد قواعد لا يحتاج تطبيقها إلى موازين تقتدر إليها السلطة القضائية.

(١) فالحرب التي يعلنها رئيس الجمهورية على دولة أخرى ولو كان مختصاً بإعلانها بمقتضى الدستور، بجور أن تسالته السلطة التشريعية عنها سياسياً.

٣. أن اعتبار الأعمال التي خص الدستور بها السلطة التشريعية أو التنفيذية من الأعمال السياسية، لا يتوخى غير ضبط الإيقاع في الدولة. ولا يتصور بالتالي أن يكون التحكم أو انفراط عقد النظام العام من مقوماتها أو نتائجها<sup>(١)</sup>.

٤. كلما كان الفصل في الخصومة الدستورية، متضمنا اختراق عناصر من طبيعة سياسية، خرج موضوعها عن إطار المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها.

٥. أن تقرير ما إذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية امتياز وفقا للدستور، يقتضي أن تفصل جهة الرقابة على الدستورية أولا فيما إذا كان الدستور قد خولها هذا الامتياز. وعليها بهدئ أن تحدد مداه. ذلك أن الأصل في كل امتياز مقرر بناء على نص في الدستور، هو أن يفسر فسي حدود ضيقة لضمان خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون. وإذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تنتزع بنصوص الدستور للدفاع عن اختصاص كفه الدستور لها، فإن شرط ذلك هو أن تنقيد بالضوابط التي فرضها الدستور عليها للحصول على الحقوق التي يخولها هذا الاختصاص.

ذلك أن كل امتياز ليس مطلقا، بل يتعين أن يكون موصوفا، ومقيدا بالأغراض التي يتوخاها. فإذا جاوزتها السلطة التشريعية، ولو كان قرارها في ذلك بأغلبية ثلثي أعضائها، تعين ردها على أعقابها، وإلزامها بالحدود التي فرضها الدستور على نشاطها، والتي لا يجوز إبدالها من خلال اقتراع السلطة التشريعية على تجاوزها.

٦. أن التحوط في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وإن ألزم جهة الرقابة على الدستورية بالألتزاق في نزاع شجر بين السلطين التشريعية والتنفيذية، وألا تستبق الفصل فيه قبل أن تنهيا لهما فرص حله بطريقة هادئة، ومن خلال الوسائل السياسية لا القانونية، إلا أن شرط ذلك ألا تحتكم إحداهما في خلافها مع الأخرى، لأحكام الدستور ذاتها من خلال الخصومة الدستورية.

(١) فأعلان الدولة بدء أعمال عدوانية ضدها واستماع النظر في دستورية هذا الإعلان، لا يتوخى غير توكيد المخاطر التي تواجهها، وحشد الجهود لدعم عملياتها الحربية، فلا يتردد أحد في معلونتها والخضوع لتعليماتها الصادرة في هذا الشأن.

ذلك أن النزاع بين هاتين السلطتين -كلما انحل إلى عدول من إحداهما على الولاية التي أثبتها الدستور لشريكها في الحكم- لا يدخل في إطار المسائل السياسية، ولا يعتبر من جنسها؛

٧. كلما كانت المعايير التي تطبقها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في النزاع المعروف عليها -وسواء تعلق الأمر بمضمون هذه المعايير أو مستوياتها- لا توصلها إلى حل لموضوع الخصومة الدستورية، فإن المسائل التي تطرحها هذه الخصومة، تعتبر بناء على هذا الاعتبار وهذه، من المسائل السياسية.

٨. تفترض المسائل الدستورية في بعض تطبيقاتها، ألا تعيد جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تقييم قرار صدر عن السلطة التنفيذية أو التشريعية في مسائل اختصها الدستور بالحكم عليها.

بيد أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية تظل مختصة بالفصل فيما إذا كان الدستور قد خول هاتين السلطتين أو إحداهما، سلطة اتخاذ هذا القرار. ذلك أن حدود هذه السلطة من المسائل التي تفصل هذه الجهة فيها وفقا للدستور. ولا شأن لها بالتالي بالتقدير السياسي.

ويتعين بالتالي النظر إلى إلغاء السلطة التنفيذية لمعاهدة دفاع كانت قد أبرمتها مع إحدى الدول بعد اعترافها بدولة أخرى كممثل وحيد لشعبها، باعتباره من المسائل السياسية. ذلك أن إلغاء معاهدة الدفاع المشار إليها، نتيجة مترتبة بالضرورة على سلطتها في أن تقرر بنفسها أن دولة أجنبية تمثل شعبها؛ أو التخلي عن اعترافها بشرعيتها.

٩. إذا شرط الدستور لجواز إجراء معين -كالتصديق على معاهدة دولية- تدخل السلطة التشريعية، فإن اتخاذ هذا الإجراء بغير الرجوع إليها يعتبر مخالفا للدستور، ولا يندرج بالتالي في إطار الأعمال السياسية.



ولا كذلك أن يكون الدستور قد اختص رئيس الجمهورية دون غيره باتخاذ هذا الإجراء، إذ يعتبر معهوداً به إليه وحده بناء على نص في الدستور، وداخلاً بالتالي في إطار المسائل السياسية<sup>(١)</sup>.

١٠. طلب الحصول من خلال الخصومة الدستورية على حقوق سياسية يكفلها الدستور، لا يفيد بالضرورة أن المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية<sup>(٢)</sup>.

١١. أن المسائل السياسية يستحيل أن يجمعها معيار عام يحيط بكل صورها، ولا ربطها بمصالح بذواتها تتحد بينها في موجباتها. ذلك أن مثل هذا المعيار -إن وجد- يكون عصياً على التحديل لجموده، وغير ملائم كذلك لمفاهيم المسائل السياسية المتغيرة بطبيعتها، والمتطورة عناصرها في إطار من التقييم المتواصل للصور التي تتدرج تحتها، وإن ظل تكييفها دائراً حول تعذر الفصل قضائياً فيها، إما بناء على نص في الدستور، أو لتعارض الفصل فيها وخصائص الوظيفة القضائية التي يفترض التحوط من جهة، وتوافر الموازين الدقيقة والمعلومات الكافية التي يتبهاً بها الفصل في المسائل الدستورية.

وفي إطار هذا الضابط العام، تتحدد للمسائل السياسية ملامحها الرئيسية، فلا تكون حركتها غير تماوج يتصل بالرقابة على الشرعية الدستورية في توثبها وتراجعها، في اتساعها وانكماشها، في تردها واندفاعها.

١٢. أن جهة الرقابة على الدستورية لن تحقق الآمال المعقودة عليها بإسرافها في تطبيق نظرية الأعمال السياسية.

وإن ترتبط جرائها كذلك بظلمها ليدها عن تطبيقها في حدود منطقية تتوازن بها شروط مباشرتها. لوظيفتها القضائية -على ضوء خصائص هذه الوظيفة ومتطلباتها- بالقيود الضرورية التي تفرضها كوابحها، ويقتضيها حرها<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر في ذلك الآراء الموافقة لكل من القاضي Rehnquist والقاضي Stewart والقاضي Stevens وذلك في قضية Goldwater v. Carter 444 U.S. 996 (1979).

(٢) Parker v. Carr . 369 U.S. 186 (1962).

(٣) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

١٣. اضطرد القضاء المقارن على أن اعتبارين يهيمنان على نظرية الأعمال الميامية، هما ملازمة اتخاذ السلطة التنفيذية أو التشريعية لقرار نهائي في المسائل التي اختصها الدستور بها؛ وكذلك انتفاء المعايير والموازن التي تفصل السلطة القضائية على ضوئها في المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية.

ولعل المعيار الثاني هو أكثر المعايير المنطقية لضبط المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية، يفترض دائما أن يتوافر لقضاء الشرعية الدستورية المعلومات الكافية، والموازن الدقيقة مستوياتها، الملائمة مداخلها، والتي يتهبأ لهم بها الحكم على أعمال أُنْتَهَا السُلْطَةُ التشريعية أو التنفيذية تقييما لها.

فإذا تعلق موضوع الخصومة الدستورية، بأن تعديلا للدستور قد سقط لعدم التصديق عليه خلال ميعاد معقول؛ وكان ميعاد التصديق على هذا التعديل غير محدد بنص في الدستور أو في القانون؛ وكانت السوابق لا تكل على ضوابط محددة تبين المدة المعقولة التي يسقط بفواتها كسل اقتراح بتعديل الدستور غير مصدق عليه؛ وكانت هذه المدة -حتى وإن أمكن توقعها- ترتبط بنطاق التعديل ومداه، وبالأثار التي يربتها، وتتداخل فيها كذلك عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية يتعذر رصدها وصولا إلى أغوارها؛ وكانت هذه العوامل حتى مع إمكان تشخيصها والبصر بها عند اقتراح التعديل، قد تتغير بصورة جوهرية وقت عرضه للتصديق؛ وكان مثل هذا التغيير مؤداه أن العناصر التي كان التعديل يقوم عليها، وكذلك عوجهاتها، لم يعد لها من وجود؛ فإن تحديد قضاء الشرعية الدستورية للمدة المعقولة التي يسقط بفواتها تعديل غير مصدق عليه، مما يخرج عن موازين التقدير التي تملكها، فلا يكون تحديد هذه المدة إلا عملا سياسيا تتولاه السلطة التشريعية بنفسها<sup>(١)</sup>.

١٤. كلما ناهض امتياز مقرر للسلطة التنفيذية، إحدى القيم التي احتضنها الدستور، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن توازن بينهما، وأن تصدر حكمها على ضوء الموازنة التي أجرتها.

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

فامتياز رئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه مع معاونيه الآخرين حتى يتخذ قراراته بصورة سليمة على ضوء نصائحهم التي لا يترددون في إيداعها كلما كان كتمانها مكفولاً، يقابله حق السلطة القضائية في أن تفصل في واقعة الاتهام الجنائي المعروضة عليها على ضوء أدلتها، ولو كان من بينها حوار أجراه رئيس الجمهورية مع معاونيه إذا كان تحقق السلطة القضائية من حقيقة ذلك الحوار ومضمونه، يتم في غرفه مغلقة، ويقتدر تعلق الوثائق التي تسجل هذا الحوار، بالاتهام الجنائي القائم.

كذلك فإن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها المكفول لها بناء على نص في الدستور؛ ينبغي أن يقابل بحق السلطة القضائية في التحقق من أن حجبها هذه العضوية عن شخص يدعيها، لا يناقض الشروط التي فرضها الدستور في مجال كسبها.

٤٦٨- وفيما يلي عرض لكل من هذين الامتيازين:

#### أولاً:

#### الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه التي يجريها مع معاونيه

ففي قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد رئيسها نيكسون<sup>(١)</sup> أصدرت إحدى المحاكم أمراً يلزم رئيس الجمهورية بأن يقدم إليها الشروط التي سجل عليها بعض أحيائه مع عدد من معاونيه لسلطتها باتهام جنائي قائم.

إلا أن رئيس الجمهورية رفض تنفيذ هذا الأمر، مستنداً في ذلك إلى أن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز نقضها من خلال إلزام رئيس الجمهورية بأن يقدم الأشرطة التي تسجل حواراً مع معاونيه، حتى لا يفقد هؤلاء نقمهم في سرية مناقشتهم مع رئيس الجمهورية، فلا

(١) كان الرئيس نيكسون يرتب لإعادة انتخابه رئيساً للجمهورية عن مدة ثغية. وحتى يدعم فرص إعادة انتخابه أمر عدداً من معاونيه بالقتام مقر الحزب الديموقراطي في وترجيت، ووضع أجهزة للتصمت على ما يدور فيه حتى يف على الصورة الكاملة للخطط التي وضعها هذا الحزب في معركة إعادة الترشيح للرئاسة. وقد كشفت الصحافة عن حقيقة هذا الاقتحام. وأسفر التحقيق فيه عن اتهام سبعة أشخاص من معاوني الرئيس بجرائم مختلفة من بينها إغلة العدالة والتأمر للتليس على الولايات المتحدة الأمريكية.

يعبرون بصدق عن آرائهم، وإنما يترددون في الإلقاء بها، ويحيطون من المسؤولية عنها، فلا تنتم هذه الآراء بالموضوعية والتجرد، ولا يظفر رئيس الجمهورية بالنصيحة الصائبة التي يتخذ على ضوءها قراراته، ويتحمل المسؤولية عنها.

بيد أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سُمع تسليمها بأن للمسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز إنكارها- كان حكمها قاطعاً في أن امتيازاتها هذه مقيدة بحدود لا يجوز تخطئها، وهي تقم قضاءها في ذلك على دعائم حاصلها:

أولاً: أن اتخاذ رئيس الجمهورية لقراراته ينبغي أن يقوم على التحليل الموضوعي لعناصرها على ضوء المفاضلة التي يجريها بين الآراء التي يطرحها عليه معاونوه- أيما كان مضمونها أو درجة حداثتها أو انتفاعها أو مساسها بآخرين- وكذلك بمراعاة حريتهم في أن يصرّوه بما يرونه صواباً في المسائل التي يناقشونها، وهم واقفون من كتمانها حتى لا يسائلهم أحد يوماً عنها.

ثانياً: أن الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية لضمان سرية أحاديثه مع الدائرة الضيقة لمعاونيه، فلا تنتهبها أذن أو وسائل علمية تريد اختراقها، وإن كفل لرئيس الجمهورية أفضل الوسائل لتحديد خياراته، وتقدير السياسة التي يلتزمها في المسائل القومية؛ إلا أن هذا الامتياز ينبغي أن يتوازن بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ ظل تاريخياً قاعدة للحياة الأمريكية، وعلى الأخص في مجال إدارة العدالة الجنائية التي يحكمها مبدأان هما: أن يردع الجناة فلا يفلتون من نوبهم، وأن يطلق سراح الأبرياء حتى لا يعانون *Guilt shall not escape or innocence suffer*.

ثالثاً: أن كل واقعة يقوم عليها الاتهام الجنائي يتعين إثباتها. وإغفال تحقيقها يضر بالعدالة الجنائية ويؤذيها فلا تقوم على ساقها. وعرض واقعة الاتهام بصورة مبسّرة، أو إغفال أدلتها أو بعض جوانبها، لا يظهر حقيقتها، ولا يقيم الدليل على عناصرها.

رابعاً: أن لمسلطة الاتهام الوسائل الإلزامية التي تستطيع بها حمل الجبهة التي لديها دليل يتعلق بالتهمة الجنائية، على أن تقدم إليها هذا الدليل لنفيها أو لإثباتها. فإذا لم يكن لذلك الدليل من صلة بها، أو كان لا يجوز القبول به قانوناً؛ فإن حمل رئيس الجمهورية على تقديمه لا يجوز احتراماً من السلطة القضائية لحقوقه الثابتة في كتمان أحاديثه مع معاونيه، حتى ما كان منها

محدود الأهمية. ذلك أن أحاديثه هذه قد تتناول عرضاً رؤساء دول أو زعماء بارزين . ويتعين كأصل عام حجبها عن يريدون النفاذ إليها.

خامساً: كلما كان امتناع رئيس الجمهورية عن تقديم دليل يفيد في تحقيق الدعوى الجنائية، ولا يتصل بأسرار سياسية يجب الحفاظ عليها، ولا بضرورة يقتضيها الأمن القومي، فإن إخفاءه يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، ويهدر الوظيفة القضائية في أعرق توجهاتها، ويخل بما هو مقرر من أن لكل تهمة جنائية ولقائتها التي لا يتصور إثباتها أو نفيها إلا من خلال أدلتها. فضلاً عن أن المصلحة العريضة لرئيس الجمهورية في كتمان حواراته مع معاونيه، لا يجهضها أن تتصل المحكمة الجنائية بجزء محدود منها يرتبط بالاتهام الجنائي برابطة وثقى.

سادساً: أن الذين يعلنون رئيس الجمهورية في المهام التي يقوم عليها، لا يستردون في عرض آرائهم عليه عرضاً أميناً، لمجرد أن بعض جوانبها التي تتصل باتهام جنائي قائم، قد يماط اللثام عنها. وليس لأقوال رئيس الجمهورية وتعليماته وأحاديثه؛ حصانة تمتد إلى كل صورها حتى ما تعلق منها بدعوى جنائية لا يتصور الفصل فيها بغير أدلتها. وإما يتعين موازنة امتياز رئيس الجمهورية في سرية أقواله وتعليماته وحواراته، بأثر هذه السرية في صورتها المطلقة على قواعد إدارة العدالة الجنائية لإدارة فعالة.

سابعاً: إذا كان من الصحيح أن قفراً من السرية يتعين إضفاؤه على بعض الوثائق، أو على صور من الحوار بقدر تعلق هذه السرية بمصالح جوهرية لها وزنها وصلتها بفعالية نهوض رئيس الجمهورية بمسؤولياته الجسام؛ وكان واجبا على المحاكم جميعها أن توفر لرئيس الجمهورية كل توفير على صعيد المهام التي يتولاها؛ إلا أن من الصحيح كذلك أن إضفاء السرية المطلقة على كل وثيقة تتصل بعمل الرئيس، وكذلك في شأن كل حوار أجراه، هو تعميم غير جائز، خاصة وأن الدستور لا يكفل هذه السرية.

### ثانياً:

#### الامتياز المقرر للبرلمان في مجال الفصل في صحة عضوية أعضائه

٤٦٩- وإذا كان الحكم المتقدم مؤداه أن كل امتياز تدعيه السلطة التنفيذية لنفسها، ينبغي أن يتسند إلى نص في الدستور، وأن يباشر في الحدود التي يبينها؛ كذلك الأمر في شأن كل امتياز تطلبه السلطة التشريعية لحسابها.

ففي قضية *Powell v. McCormack* ثار النزاع أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حول حق باول -وقد كان نائباً عن دائرته الانتخابية وفقاً للدستور- في الحصول على مقعده في مجلس النواب الأمريكي بعد أن اتهمه المجلس بأنه أتى أفعالا تعد انحرافاً سلوكياً عن واجباته كمعضو فيه، وحرمه بالتالي من هذه العضوية.

وقد طلب باول أن تصدر المحكمة العليا الفيدرالية، حكماً تقريرياً بأن قرار حرمانه من مقعده، يناقض الدستور.

وكان على هذه المحكمة أن تفصل في هذا الطلب على ضوء نص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من المادة الأولى من الدستور الأمريكي الفيدرالي التي تجعل كلا من مجلس النواب ومجلس الشيوخ الفيدراليين، قاضياً في مجال الفصل في صحة أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members.

وقد تبين للمحكمة المذكورة، أن هذه الفقرة إما أن تفسر باعتبار أن المقصود بها هو تخويل السلطة التشريعية الاختصاص بتقرير شروط العضوية ابتداءً، ثم النظر في شأن توافرها أو تخلفها فيما يدعي عضويته بها؛ وإما أن تفسر من منطلق قصر اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة العضوية على التحقق من استيفاء شروطها المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، والتي تنص على أن ثبوت صفة الشخص باعتباره نائباً مناطها أن يكون قد بلغ ٢٥ عاماً، وأن يكون متمتعاً بجنسية الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن ٧ سنين، وأن يكون عند انتخابه من سكان الولاية التي اختير عنها.

No person shall be Representative who shall not have attained the age of twenty five years, and been seven years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen

وقد انحازت المحكمة العليا الفيدرالية -على ضوء ما بان لها من مقاصد آباء الدستور- إلى أن شروط الفصل في صحة العضوية في السلطة التشريعية، لا يحددها إلا الدستور. بما مقتضاه عدم جواز حرمان شخص منها، إذا تم انتخابه صحيحا في الدائرة التي يمثلها، واستوفى شروط العضوية التي صرح الدستور بها.

ذلك أن الديمقراطية النيابية قولها اختيار هيئة الناخبين من يكون في رأبها من المرشحين أصلح لتمثيلها. وبظل هذا المبدأ جوهر الديمقراطية ومحورها، فلا يجوز أن تقيد السلطة التشريعية من مدها، سواء من خلال تقليصها لدائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ أو عن طريق إهدار فرصهم في الاختيار أو تضييقها. ولئن جاز القول بأن مصلحة السلطة التشريعية في ضمان تماسكها، يكتفلها عقابها لأعضائها الذين يخلون بواجباتهم أو يترددون عند الضرورة بأغلبية ثلثي أعضائها، إلا أن السلطة التشريعية تقيد في مجال الفصل في صحة العضوية، بشروط الدستور التي تحكمها.

وبقدر تقيدها بهذه الشروط، يكون قرارها في شأن العضوية من المسائل السياسية التي لا تجوز مراجعتها فيها.

وفي عبارة صريحة تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بأن ما تقرره من أن لباول حقا في أحد مقاعد السلطة التشريعية، ليس إلا تفسيرا للدستور لا يتوخى مناطق السلطة التشريعية أو التدخل في صراع معها. ذلك أن هذا التفسير يتصل بمباشرة الوظيفة القضائية التي تقوم في جوهرها على تحديد معاني النصوص القانونية وإعطائها دلالاتها من خلال الخصومة القضائية. والقول بأن تفسير المحكمة العليا للدستور، قد يوقعها في حرج تعارض قضائتها في شأن الأعمال المطعون عليها مع قرار صدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ويتعلق بكيفية فهمها لهذه الوثيقة نفسها، مردود بأن المحكمة العليا هي السلطة النهائية في تفسير أحكام الدستور، ويقتضيها النهوض بمسئوليتها هذه، ألا تتردد في بيان مضمون قواعده ومقاصدها فيما يجوز

الفصل فيه قضائيا من المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، وفق معايير الرقابة على الشرعية الدستورية ومستوياتها<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>١</sup>) Powell v. McCormack 395 U.S. 486 (1969).



### المبحث السادس عشر

#### الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٤٧٠- كان قد دفع أمام المحكمة العليا بأن ما تنص عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ من عدم جواز سماع أية دعوى يكون القرض منها الطعن بطريق مباشر أو غير مباشر في أي قرار أو إجراء أو عمل صدر عن السلطة القائمة على تنفيذ أوامر فرض الحراسة، يعتبر من أعمال الميادة باعتبار أن ما توخاه هذا القرار بقانون هو صيانة نظام الدولة وسلامتها وحماية مصالحها العليا.

ولم تقبل المحكمة العليا هذا الدفع على أساس أنه وإن صح القول بأن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تنحصر عنها الرقابة القضائية باعتباره من الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، إلا أن ذلك لا يصدق على التدابير التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص، والتي حصنتها المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ٦٣ ضد الطعن. ذلك أن هذه التدابير لا تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وإنما تدرج في إطار الأعمال العادية للحكومة، ومن ثم تنبسط عليها رقابة القضاء.

ونؤصل المحكمة العليا نظرية أعمال الميادة مقرر أنها هي التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها السياسية بقصد صون أمنها وسلامتها، وأن مرد الأمر فيها هو إلى طبيعتها، ولا اعتداد بالتالي بأوصافها أو كيوفها التي يطلعها المشرع عليها، متى كانت خصائص هذه الأعمال تنافي بأوصافها وكيوفها هذه، وتهدر أحد الحقوق التي كفلها الدستور.

ونرد المحكمة العليا نظرية الأعمال السياسية إلى مفاهيم أعمال الميادة، وتعتبرها من تطبيقاتها. وهي بذلك تنقل أعمال الميادة التي يتحدد مجالها أصلاً في نطاق أعمال الإدارة، إلى مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية<sup>(١)</sup>.

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية عليا دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ - قاعدة رقم ٣٦ من ٤١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية وقرارات التفسير.

ولم تكن المحكمة العليا في حاجة إلى إرجاع نظرية الأعمال السياسية إلى نظرية أعمال السيادة التي تنفصل عنها في مجال تطبيقها. وكان سببها أن ترد نظرية الأعمال السياسية إلى جنورها في القضاء المقارن للشرعية الدستورية، ولكنها لم تعبأ بتقصيه، وأغنتها عنه الحلول الجاهزة لنظرية أعمال السيادة المعمول بها في القضاء الإداري الفرنسي، واعتبرتها نظرية كافية كي تقوم عليها نظرية الأعمال السياسية، كفرع لنظرية أعمال السيادة التي عرفتها القوانين المنظمة للسلطة القضائية في مصر، وكذلك للقوانين المنظمة لمجلس الدولة بها.

ولم تكن هذه الحلول الجاهزة كافية أو صالحة لتقيم نظرية الأعمال السياسية على عمدتها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن المعايير التي اعتمدها القضاء المقارن للشرعية الدستورية في شأن تحديد خصائص الأعمال السياسية، مختلفة في مضامينها وأسسها، عن العوامل التي تقوم عليها نظرية أعمال السيادة التي لا تتوخى غير إسباغ الحصانة على أعمال تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة حكم، وهو تعبير شديد الغموض، ويتمس بالافتقار إلى التحديد الواضح للعناصر التي يقوم عليها.<sup>(١)</sup>

٤٧١- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا في السنين الأولى لإثباتها، نظرتها إلى الأعمال السياسية بوصفها فرع لنظرية أعمال السيادة التي ترتد جنورها إلى القضاء الإداري الفرنسي، وإلى أساسها التشريعي في القوانين المنظمة للسلطة القضائية ومحاكم مجلس الدولة في مصر. وردنت المحكمة الدستورية العليا بذلك، المفاهيم ذاتها التي اعتنقتها المحكمة العليا من قبل ولم تزد عليها شيئاً<sup>(٢)</sup> سوى ما قررته في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق "دستورية" من أن المسائل السياسية تندلج في المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة التي تقيد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون كأصل عام يحكم الرقابة على دستورية القوانين<sup>(٣)</sup>.

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تثبت أن عادت إلى التقييم الصحيح لنظرية الأعمال السياسية وذلك من خلال فصلها -بصورة نهائية- بين نظرية أعمال السيادة التي لا بتطبيق

(١) "دستورية عليا" القسبة رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٥ من يونيو ١٩٨٣- قاعدة رقم ٢٢ من ١٥٥ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر هذا الحكم بجلستها المعقودة في ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣- من ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها

أصلا على الأعمال التشريعية، وبين نظرية الأعمال السياسية التي تعتبر الأعمال التشريعية مجالها الطبيعي والدائرة المنطقية لتطبيقها. وتقيم هذه المحكمة مفهوما لنظرية الأعمال السياسية، على عدد من الدلائل أبرزها<sup>(١)</sup>.

١. أن الرقابة على الدستورية تجد أساسها -وكأصل عام- في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه. وأنه استثناء من هذا الأصل جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيسا على أن طبيعة هذه الأعمال تأتي أن تكون محلا لدعوى قضائية. ومن ثم تعتبر الأعمال السياسية كذلك بالنظر إلى طبيعتها، ولا شأن لها بأوصافها التي قد يخلعها المشرع عليها، متى كلفت تنافي خصائص هذه الأعمال ومقوماتها.

٢. أن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية المحكمة للدستورية العليا إنما يأتي تحقيقا للاعتبارات السياسية التي تقتضي -بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالا وثيقا أو بسيادتها في الداخل أو الخارج- النأي بها عن الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والنود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا مما اقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال -سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية- سلطة تقديرية أوسع في مداخلها، وأبعد في نطاقها تحقيقا لمصالح الوطن وسلامته، فلا تراجعها فيها جهة قضائية، خاصة وأن تقصيصها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازن تقدير لا تتاح لها، فضلا عن عدم ملائمة طرحها عليها بصورة علنية.

٣. أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تحدد ما إذا كانت المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها، تعتبر من المسائل السياسية التي تخرج عن ولايتها، أم أنها لا تعتبر كذلك فتتسبب عليها رقابتها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٣١ - جملة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا.

٤. أن نظرية الأعمال السياسية كقيد على ولاية المحكمة الدستورية العليا، نجد معظم تطبيقاتها في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية بأكثر مما يقع في الميدان الداخلي، نظرا لارتباط الميدان الأول بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا.

٥. ليس صحيحا على الإطلاق القول بأن كل معاهدة دولية ولها كان موضوعها -تعتبر من الأعمال السياسية- ذلك أن المعاهدات الدولية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور والتي يتعين عرضها على السلطة التشريعية والحصول على موافقتها عليها، لا تعتبر بناء على مجرد عرضها على السلطة التشريعية، والحصول على موافقتها عليها -على ضوء هذا الاعتبار وحده- من الأعمال السياسية. ومرد ذلك أن استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة على الدستورية مرجعه إلى طبيعتها، لا إلى إجراءات القبول بها أو التصديق عليها.

٤٧٢- على أن قضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه، وإن فصل المسائل السياسية عن نظرية أعمال السيادة -وهو اتجاه محمود - إلا أن الضوابط التي أرستها هذه المحكمة لتحديد ماهية الأعمال السياسية، تقتصر إلى الوجود، وتناقض كذلك اتجاه القضاء المقارن في شأن المعايير التي تتحدد على ضوءها هذه الأعمال، وذلك من الوجهة الآتية:

١. أن مجرد اتصال بعض الأعمال بالمصلحة السياسية العليا، لا يكفي لاعتبارها من المسائل السياسية.

٢. أن المسائل السياسية لا تعتبر كذلك لاحتوائها على عناصر سياسية، ولا لأن جانباً من ملامحها من طبيعة سياسية. وإنما يتحدد وصفها باعتبارها كذلك، على ضوء عدد من الضوابط التي تتوخى حصر مفهومها في دائرة ضيقة.

٣. أن نظرية الأعمال السياسية لا يجوز خلطها بالأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة، والتي تخولها سلطة اتخاذ تدابير من نوع خاص تنتم بمبرراتها، وبواقعيتها، وبضرورتها وبقدرتها على أن ترد عنها -وبقدر كبير من الحمم- مخاطر من طبيعة استثنائية. ومن ثم تحيطها مشروعية استثنائية من جنسها ترتبط بالضرورة التي اقتضتها.

وكان منطقياً بالتالي أن تخول السلطة التنفيذية حرية أكبر في مجال تقدير هذه الأوضاع الاستثنائية، وتقرير الحلول التي تلائمها. ولا كذلك الأعمال السياسية التي لا شأن لها بحرية أكبر يخولها القضاء للسلطة التنفيذية أو التشريعية. وإنما تخرج هذه الأعمال بتمامها عن مجال الرقابة على الدستورية، لا لأن نصريها بقدر كبير من الحرية يوفر الفرص الأفضل لإجرائها؛ وإنما لأن سلطة اتخاذ القرار النهائي في شأنها تكفل - أحياناً - في نطاق الاختصاص المنفرد للسلطة التنفيذية أو التشريعية، بناء على نص في الدستور. فلا يجوز بالتالي أن نزاحمها جهة الرقابة على الدستورية في تقدير ملائمة هذا القرار؛ ولا أن نقاشرها في مضمونه. وإنما تستقل هاتان السلطان، أو إحداهما به، وبصفة نهائية.

٤. أن المسائل السياسية لا تتحدد بالنظر إلى نوع المصالح التي تحميها، ولا على ضوء درجة أهميتها، وإنما لاعتبار معين كامن فيها، كأن تكون موازين ومعايير تقييمها ومستوياتها، غير متوافرة لجهة الرقابة على الدستورية.

وهذا المعيار الأخير هو ما قام عليه قضاء المحكمة الدستورية في شأن القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي توخى تكريم الأشخاص الذين عينهم المشرع من قادة حرب أكتوبر، تقديرًا لدورهم في التخطيط للعمليات الحربية وإدارتها. وتحقق هذا التكريم من خلال المزايا المادية والمعنوية التي كفلها لهم. إلا أن أحد القادة الذين لم يشملهم التكريم، طعن بعدم دستورية هذا القانون باعتباره أحق من المكرمين بالتقدير، وأن حرمانه من المزايا التي نص عليها ذلك القانون، مؤداه مخالفة أحكامه لنصوص المواد ٩٢ و٩١ و٩٠ و٨٩ و٨٨ و٨٧ و٨٦ و٨٥ و٨٤ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تفصل في دعواه هذه، إما من منطلق أن القادة الذين شملهم القانون المطعون عليه بمزاياه، هم هؤلاء الذين رتبهم هذا القانون فيما بينهم على ضوء أقدميتهم الوظيفية - وهو ما لم يفعله المشرع - وعندئذ يكون المدعى أحق منهم في الحصول على هذه المزايا باعتباره أسبقهم في التعيين؛ وإما أن يكون ذلك القانون قد اختص من كرمهم بتلك المزايا على ضوء عناصر موضوعية مردها إلى جهودهم في القتال إعداداً وتكبيراً وتنفيذاً.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ائق "دستورية" - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٩ - ص ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وتفترض هذه العناصر الموضوعية، أن يكون المشرع قد حددها سلفاً وأبان عنها تفصيلاً حتى ترافقه المحكمة الدستورية العليا في كيفية تطبيقها.

ولكن المشرع لم يقدم بالقانون المطعون فيه شيئاً من هذه المعايير الموضوعية التي تدور حول عناصر التفوق والتميز في فنون القتال. وهي عناصر يتعذر على المحكمة الدستورية العليا أن تستخلصها بنفسها، أو أن تحدد ضوابطها. ولا تتوافر لديها فضلاً عما تقدم، مقاييس تقدير أعمال القادة جميعهم وتقييمها فيما بينهم، حتى تعيد تصنيفهم، وتقرر أولاهم بالترتيب.

ذلك أن تقييمها لدور كل منهم في العمليات الحربية، يتعلق ابتداء وانتهاء بأسلوب إدارتها وبطرائق تنفيذ خططها، وبقدر جهد كل من القادة فيها، وهو مالا تختص به المحكمة الدستورية العليا.

وظاهر من الرجوع إلى هذا الحكم، أنه وإن خلا من أية إشارة إلى نظرية الأعمال السيامية سواء في ماهيتها أو نطاق تطبيقها، إلا أن بنين حكمها قام على أحد معايير هذه الأعمال ممثلاً في انتفاء موازين التقدير الموضوعية في شأن المسائل الدستورية التي أثارها الخصومة الدستورية. ذلك أن موضوعها يتعلق بتقييم الأعمال القتالية على امتداد مراحلها، وتحديد قدر إسهام كل من القادة في عملياتها. وجميعها مسائل لا تقبل الفصل قضائياً فيها Non-justiciable Questions.

٤٧٣- وفي مصر - عملاً بنص المادة ١٥١ من الدستور - تكون لكل معاهدة دولية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، قوة القانون.

ويتعين بالتالي إخضاعها للقواعد ذاتها التي تحكم الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين بمعنى الكلمة التي تقرها السلطة التشريعية، سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في المعاهدة الدولية، خاصة ما يتعلق منها بأوضاع إبرامها والتصديق عليها ونشرها. أم من ناحية اتفاق القواعد التي احتوتها المعاهدة في مضمونها مع قواعد الدستور في محتواها.

ولأن المعاهدة التي يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للخوضاع المقررة، تعتبر في قوة القانون، فإن اتفاقها مع المستوى مؤداه ضرورة النزول على أحكامها، ووجوب تفسيرها في إطار من حسن النية، ووفقاً للمعنى المعتاد لعباراتها، في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو أغراضها. وذلك عملاً بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها، والتي تلزمها بأن تنتظر أصلاً إلى أحكام المعاهدة في مجموعها باعتبارها كلاً لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أسلمها أن التكامل بين نصوصها كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند التفاوض عليها والدخول فيها أو التصديق عليها أو الانضمام لها.

فلا يكون الأصل في تطبيق المعاهدة الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها غير النظر إليها بوصفها وحدة عضوية تتكامل أجزاؤها، وتتربط أحكامها بما يحول دون فصل بعضها عن بعض.

ويظل هذا الأصل قائماً في المعاهدة الدولية، ما لم يكن موضوعها ينظم مسائل مختلفة لكل منها ذاتيتها، فلا تتنظمها وحدة تجمعها. وإنما يتميز كل جزء من أجزاء المعاهدة بكيانه الخاص، فلا يختلط بغيره، أو يندمج فيه، أو يتصل به، بما يؤكد استقلال كل جزء من أجزاء المعاهدة عن الآخر.

ومن ثم لا ترتبط النصوص التي تنظمه بغيرها، بل يجوز فصلها عن سواها بشرطين:

أولهما: ألا يكون قبول الدول الملتزمة بالمعاهدة، لأحكامها في مجموعها، من الشروط الجوهرية التي لرضتها وقت إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا يكون ضمان وحدتها العضوية، إلا شرطاً لرضائها بالمعاهدة.

ثانيهما: ألا يكون المضي في تنفيذ المعاهدة على ضوء ما بقي من نصوصها بعد فصل بعض أجزائها عنها، مجافياً للعدالة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

إذا لم يتحقق أحد هذين الشرطين، تعين أن يكون الأصل في المعاهدة الدولية، هو تطبيقها في مجموع أحكامها.

٤٧٤- وهذه القواعد ذاتها، هي التي طبقها المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية. فقد نازع المدعي في هذه الدعوى، في دستورية الاتفاقية التي أبرمتها مصر مع اليونان بقصد تقرير تسوية نهائية لحقوق اليونانيين الناشئة عن تدابير الحراسة وقوانين التأميم، وكذلك قوانين الإصلاح الزراعي الصادرة بالاستيلاء على أراضيهم.

ولس المدعى دعواه، على أن الأصل في هذه الاتفاقية هو سربرتها على من يقبلون بأحكامها في جملتها. فإذا كان ما ارتضوه مقصورا على بعض أجزائها، فلن ما رفضوه من أحكامها لا يكون ساريا بالنسبة إليهم.

ولا يقبل المدعى التعويض المقرر في هذه الاتفاقية عن قوانين التأميم وقوانين الإصلاح الزراعي، دون التعويض المقرر بها عن تدابير الحراسة التي اتخذتها الدولة في شأن اليونانيين، وما اتصل بها من بيعها لأموالهم؛ وكان تطبيق تلك الاتفاقية في شأنهم من طبيعة اختيارية؛ فقد تعين الرجوع في شأن التعويض عن تدابير الحراسة -لا إلى الاتفاقية المشار إليها- بل إلى القاعدة العامة في التعويض عن هذه التدابير المنصوص عليها في القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل بوجهة نظره -لا لأن الاتفاقية المصرية اليونانية تعتبر من المسائل السياسية التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها- وإنما تأسيما على دعائمين أخريين:

أولاهما: أن هذه الاتفاقية تعتبر في مجموع أحكامها صفقة واحدة متكاملة العناصر، متحدة الأجزاء، تتصل حلقاتها ولا تتفصل مكوناتها.

ذلك أنها تبلور القواعد التي ارتأتها الحكومتان المصرية واليونانية نطقا لتسوية نهائية وشاملة لعناصر التعويض التي يستحقها اليونانيون قبل الحكومة المصرية عن القوانين الصادرة في شأنهم، والمؤثرة في مصالحهم، سواء في مجال التأميم أو تدابير الحراسة أو قوانين



الإصلاح الزراعي، ليحدد التعويض المقرر بها نطاق حقوقهم، فلا يكون مقداره إلا منسوبها لكل نزاع حولها، ومبرئاً ذمة الحكومة المصرية في مواجهة الحكومة اليونانية ورعاياها.

ثانيتهما: أن ادعاء رعية يونانية بأن من سلطته أن يختار من الاتفاقية المصرية اليونانية، ما يراه من قواعدها كافلاً لمصلحته، إنما ينحل إلى تعديل لها من خلال نقض الأسس التي تقوم عليها، وبما يعطل تنفيذ المعاهدة التي ترتبط فعاليتها، وتحقيقها لأغراضها، بتطبيقها في مجموع أحكامها.

وهو تعديل لا تختص به غير الدولتين المتعاقبتين. ومناطق صحته، تراضيهما معا على إجرائه، خاصة وأن من المقرر وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، أن لكل دولة في علاقاتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها -ومن خلال معاهدة تبرمها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها سواء في إطار حق الملكية، أو في مجال الحقوق الشخصية.

وتعتبر هذه السلطة الكاملة موزية لحقها ولواجبها في أن توفر الحماية لمواطنيها، وإن كان سريان الحقوق التي رتبها المعاهدة الدولية، وكذلك كل التزام نشأ عنها، إنما يقتصر على السكول أطرافها في العلاقة فيما بينها. فلا يكون التنظيم الوارد بها بالتالي -وإن كان مضمونه- منصرفاً إلى مواطنيها.

وما تقدم مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في دستورية المعاهدة الدولية لتقرير صحتها أو بطلانها، إلا بافتراض أن أحكامها لا تثير مسائل سياسية بطبيعتها، وإلا كان عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها لانتمائها في إطار المسائل التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها.

٤٧٥- وتعطينا القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية، مثالا لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن الأعمال السياسية.

وتتحصل واقعاتها في أن مصر دخلت مع بعض الدول العربية -وفي نطاق أغراض الدفاع المشترك- في اتفاقية دولية تنظم انتقال جيوشها فيما بينها. وكان مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية قد وافق عليها في ١٩٦٥/٩/١١.

ووفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، لا يخضع رجال القوات الحليفة بالنسبة إلى الجرائم التي يرتكبوها على إقليم الدولة المضيفة، لغير الولاية المطلقة لمحاكمهم الوطنية، على أن تختص بالفصل في أية منازعة تنشأ بينهم وبين الغير حول التزاماتهم للقانونية، أو الأضرار التي لحقوا بالأشخاص أو بالأموال -ويوجه عام- هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية. وقد أحالت محكمة جنوب القاهرة هذه الاتفاقية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريتها على ضوء ما ظهر لها بصفة مبدئية، من أن حرمانها المصريين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي في شأن أية منازعة تنشأ بينهم وبين القوات الحليفة، يعتبر مخالفاً لنص المادة ٨٦ من الدستور.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل وجهة النظر هذه، مقررّة أن هذه الاتفاقية قد أبرمتها مصر في إطار الجامعة العربية لتنظيماً لأوضاع الدفاع المشترك بين دول هذه الجامعة، وأن ما توخته مصر من الدخول فيها هو الحفاظ على كيانها وتأمين سلامتها وصون أمنها الخارجي.

ومن ثم تعد أحكام هذه الاتفاقية من أعمال السيادة...!! التي تنحصر عنها الرقابة القضائية عن الدستورية بالنظر إلى اتصال موضوعها بعلاقاتها الدولية، وتعلقها بمصالحها العليا<sup>(١)</sup>.

بيد أن ما يلاحظ على هذا الحكم، هو إسهاله في تطبيق نظرية الأعمال السيادية وبسببها على أحكام الاتفاقية المشار إليها جميعها، حتى ما تعلق منها بالحقوق المدنية التي يطلبها المصريون ترتيباً على أضرار ألحقها بهم القوات الحليفة أو أحد رجالها.

ذلك أن معالجة أفراد القوات الحليفة -وحتفاً على تملكها ودعم قدراتها القتالية- أمام محاكمهم الوطنية عن الجرائم التي يرتكبوها في مصر، وإن جاز أن يرتبط بالأغراض النهائية التي توختها هذه الاتفاقية التي تم إبرامها في إطار تدابير الدفاع المشترك بين دول الجامعة العربية، إلا أن الحقوق المدنية التي يطلبها المصريون منهم، لا يدخلها هذا الاعتبار، إذ هي محض تعويض عن أضرار ألحقها بهم أحد رجالها، وتقع بالتالي في نطاق مسؤوليتهم المدنية لا الجنائية.

(١) القضية رقم ٤٨ لسنة ٤٤ ق. دستورية جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣- ص ٢٢ من المجلد الثالث من مجموعة أحكامها.

٤٧٦- وفي الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "دستورية" والتي كان المدعى فيها قد طعن بعدم دستورية المواد ١٢ و١٣ و١٥ من اتفاقية تأسيس البنك العربي الدولي - (١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن هذه الاتفاقية لا تعتبر من الأعمال السياسية، وأن الفصل في دستورتها يقتضي ابتداء التحقق من توافر متطلباتها الشكلية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور.

ولا يجوز بالتالي أن يقتصر نطاق الطعن على المواد المشار إليها، وإنما يتعداه إلى الفصل في دستورية قرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة على الاتفاقية المشار إليها. هذا من جهة. ومن ناحية ثانية، فإنه فيما يتعلق بالمطاعن الموضوعية، فإن مصلحة المدعى تنحصر في الطعن على دستورية المادة ١٥ من هذه الاتفاقية، وذلك فيما تضمنته من عدم سريان قانون العمل على العاملين في البنك المنشأ وفقا لأحكامها.

وتؤسس المحكمة حكمها في الموضوع، على أن الاتفاقية المشار إليها، ليس فيها ما يفرض حرمان المدعى من حق التقاضي ولا من ضماناته، ولا من شرط الحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليهما في المادتين ٦٨ و٤٠ من الدستور؛ وأن ما تقرر لهذا البنك من المزايا كالحصانة من الإجراءات القضائية المقررة لموظفيه فيما يقومون به من أعمال بصفته الرسمية، وكإعفاء غير المواطنين العاملين بالبنك من قيود الهجرة، ومن شرط تسجيلهم ومن تحويل حقوقهم إلى موطنهم الأصلي؛ كل ذلك لا يفيد أن الاتفاقية المشار إليها تعتبر من الأعمال السياسية، وإن جاز القول بأنها تخول البنك المذكور مركزا قانونيا مختلفا عن غيره من البنوك العاملة في القطاعين العام والخاص (٢).

(١) القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "دستورية" جلسة ١٩ يونية ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجريدة الخامسة. هذا وكان المدعى قد طلب في دعواه الموضوعية إلغاء قرار نقله إلى القاهرة، وترقيته إلى الشريحة السابعة بالبنك وتعويضه عما أصابه من ضرر من جراء الفصل.

(٢) قست المحكمة بانتفاء مصلحة المدعى في الطعن على المواد ١٢ و١٣ و١٥ من اتفاقية تأسيس البنك التي تنضي: أولاهما: بعدم جواز تأميمه أو مصادرة أمواله أو فرض الحراسة عليها أو على المبالغ المودعة به. وثانيتهما: بعدم خضوع هذا البنك لقوانين وقواعد الرقابة والتفتيش القضائي أو الإداري أو المحاسبي.

وثالثتهما: بضمن سريّة حسابات المودعين، وعدم جواز اتخاذ إجراءات المحجز القضائي والإداري عليها. ولا كذلك المادة ١٥ من هذه الاتفاقية التي تنضي بعدم سريان قوانين العمل الفردي والقواعد المنظمة للمسافر وللأجور في الحكومة أو القطاع الخاص على العاملين بالبنك، إذ اعتبرتها المحكمة متصلة بطلباته الموضوعية، وذلك فيما تضمنته من عدم سريان القوانين المنظمة لعقد العمل الفردي عليه.

## ٤٧٧- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن نظرية الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا شابها خلط كبير بينها وبين نظرية أعمال المبادأة إلى حد المزج بين هاتين النظريتين واعتبار ثانيتهما أصلاً لأولاهما.

ثانياً: أن هاتين النظريتين كلتاهما تخرجان المسائل السياسية وأعمال المبادأة، من الولاية القضائية. ذلك أن المسائل التي تدرج تحتها لا يجوز للفصل قضائياً فيها.

ثالثاً: أن هاتين النظريتين لا تبلوران انحرافاً في استعمال السلطة، ولا مجاوزة للحدود التي فرضها الدستور تخوماً لمباشرتها.

ولكنهما يقعان في إطار المشروعية القانونية والدستورية، وإن تعين دوماً ضبطهما في حدود ضيقة حصراً لدائرة تطبيقهما في نطاق مفهوم ومبرر.

رابعاً: أن المسائل السياسية تغاير في جذورها وضوابطها وتطبيقاتها، أعمال المبادأة. ويتعين بالتالي فصلها كلية عنها.

### الفصل الخامس والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون

##### المبحث الأول

##### اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي

٤٧٨- تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها -وعلا بنص المادة ١٧٥ من الدستور- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وتباشر كذلك سلطة تفسير النصوص القانونية. وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ومن ثم تتفرد بولايتها في مجال الفصل فسي دستورية النصوص القانونية، فلا يزاحمها أحد فيها، وإنما تستقل بها وتكف عن وحدها بمسئوليتها.

ولا كذلك تفسيرها للنصوص القانونية تفسيراً تشريعياً. ذلك لأن الأصل في هذا التفسير، هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها، إذ هو اختصاصها الأصلي. فلا تعهد به إلى جهة غيرها إلا بصفة استثنائية، ووفق الأوضاع والشروط التي تحددها.

ومن ثم لا تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها بتفسير القانون تفسيراً تشريعياً، إلا في حدود التفويض الصادر لها بذلك من السلطة التشريعية.

##### ٤٧٩- وينتزع عن ذلك أمران:

أولهما: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي، لا يحول دون إقرار السلطة التشريعية لقوانين تحدد بها مقاصدها من النصوص القانونية التي تفسرها، وذلك إذا لم تكن المحكمة الدستورية العليا قد فسرتها قبل تفسير السلطة التشريعية لها. ذلك أن صدور قرار بالتفسير عن المحكمة الدستورية العليا في شأن نصوص قانونية بذواتها، مؤداه أن هذا القرار حدد بصورة نهائية مقاصد المشرع من هذه النصوص. فلا يكون تجليتها لإرادة المشرع التي صاغ تلك النصوص على ضوءها، غير تحديد لمضمون هذه الإرادة دون تحويل لها.

وإذا كان من غير المتصور أن يكون للسلطة التشريعية أكثر من إرادة في شأن النصوص القانونية عينها، فقد صار لازماً أن تكون الإرادة الموجهة لهذه النصوص، والتي ألهمتها مضمونها، هي ذاتها في كل أحوالها وتطبيقاتها. وكلما كان إعلان المحكمة الدستورية العليا عن

هذه الإرادة، سابقا على قانون أفسح عنها؛ فإن قرار المحكمة يقيد السلطة التشريعية، ويحول دون استصفائها لهذه الإرادة من جديد.

فإذا عبر عن مقاصد المشرع، قانون نقض نصيرا تشريعيا صدر عن تلك المحكمة، تعين اطراح هذا القانون. ولا كذلك أن تنصح السلطة التشريعية عن حقيقة مقاصدها من قانون معين، قبل أن تفسره المحكمة الدستورية العليا نصيرا تشريعيا. ذلك أن للتفسير الصادر عن السلطة التشريعية، يعتبر قاطعا بحقيقة إرادتها التي ألهمتها تشكيل نصوص هذا القانون. فلا يجوز أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا من جديد. بما مؤداه أن النصوص القانونية لا توجهها إلا إرادة واحدة لا تتعدد أو تنقسم<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن التفسير التشريعي -وأيا كانت الجهة التي تتولاها- ليس بتفسير قضائي. ذلك أن التفسير القضائي، لا يزيد عن أن يكون اجتهادا قضائيا يدور حول مضمون نص قانوني في نزاع مطروح على المحكمة ولا يتعلق بالتالي بغير الخصومة التي صدر فيها؛ ولا يقيد غير أطرافها؛ ولا يجوز أن يفرض في خصومة غيرها، ولو كان التماثل بين الخصومتين كاملاً.

كذلك لا يحسم التفسير القضائي الجدل حول حقيقة مقاصد المشرع من النصوص المفسرة، ولا ينهيه بصفة باترة، ولو تواتر القضاء على اعتناق هذا التفسير، وانعقد إجماعهم على صحته. إذ يظل للسلطة التشريعية أن تصدر قانونا تفسيريا، تنقض به هذا القضاء المتواتر. ويكفيها فسي ذلك أن تقرر أن المحاكم لم تستنب قسدها من التشريع المفسر.

وعلى أية حال يحسم التفسير التشريعي بصفة نهائية كل جدل حول حقيقة إرادة المشرع التي أقام على ضوئها ببيان النصوص محل التفسير. فلا يكون الخوض فيها من جديد، إلا انتحالا

(١) ومن ثم يكون خطأ ما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لحقها في إصدار التشريعات التفسيرية بصداء أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من التفسير. ووجه الخطأ أنه وإن جاز القول بأن السلطة التشريعية أن تصدر تشريعا تنصر به بعض النصوص القانونية التي لم يصدر بتفسيرها قرار من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن صدور هذا القرار عنها يحجب السلطة التشريعية عن أن تصدر تشريعا تفسيريا ينقض القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا، ويأتي بتفسير جديد، إذ ينقل الطريق أمامها بعد صدور القرار التفسيري عن المحكمة.

لإرادة غير التي حددت مضامين هذه النصوص. يؤيد ذلك، أن القرار المفسر للنصوص القانونية تفسيرا تشريعا، لا ينفصل عن هذه النصوص، وإنما يندمج فيها ويصير جزءا لا يتجزأ منها. وكان النص المفسر قد صدر منذ ميلاده في الصورة التي آل إليها بعد التفسير. وما ذلك إلا، لأن قرار التفسير يتعلق بمقاصد المشرع من النص المفسر. ولا يتصور أن تتفصل هذه المقاصد عن اللحظة الزمنية التي ولد النص فيها.

### المبحث الثاني

#### الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي

##### وفق قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>

٤٨٠- سلطة التفسير التشريعي التي خولتها المادة ١٧٥ من الدستور للمحكمة الدستورية العليا، هي التي حددتها المادتان ٢٦ و ٣٣ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ذلك أن أولى هاتين المادتين تتعلق بالشروط الموضوعية لهذا التفسير. أما ثانيتهما: فقد بين بها هذا القانون شروطه الإجرائية. وأياً كان أمر هذه الشروط بوجهيها، فإن طلب التفسير لا ينحل إلى خصومة قضائية تتناقض بشأنها مصالح أطرافها من جهة تتازعهم الحقوق التي يدعونها فيها ويطلبونها لأنفسهم؛ ونضالهم لتقرير هذه الحقوق أو نفيها، بما يجعلهم غرماء لكل منهم وجهة هو مولبها، ورفقاء تتصادم مواقفهم ومصالحهم تعبيراً عن حدة النزاع القائم بينهم. ذلك أن هذا الطلب يدور ابتداءً وانتهاءً حول استكشاف الإرادة التي أضمرها المشرع، وصاغ على ضوئها النصوص القانونية المطلوب تفسيرها.

فلا يكون عمل المحكمة الدستورية العليا غير تحديد لماهيتها من خلال الاعتماد على كل العوامل التي تعينها على التوصل إلى حقيقتها؛ كالأعمال التحضيرية التي تتصل بالنصوص القانونية محل التفسير؛ وكالوثائق التاريخية التي عاصرتها أو تقدمتها، وكان لها شأن في بلورة هذه النصوص، أو التمهيد لها، أو الإحياء بها؛ وبمراعاة أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يجيز تعديل مقاصدها؛ أو تقويض بنيانها؛ أو تحريفها. وإنما تحمل النصوص القانونية التي تفسرها المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً، على حقيقة ما أراد المشرع منها وتوخاه بها. ذلك أن المشرع لم يصبها في فراغ، ولم يلهمها وجوداً تصورياً، أو يتخذها هزواً. وإنما أراد بها أن يغير واقعاً قائماً، فلا يكون ما قصده المشرع منها إلا عين الموضوع محل التفسير.

والمحكمة الدستورية العليا بذلك لا يعنها أن يكون المشرع قد نقض أو تنقذ بالدستور في النصوص القانونية التي تفسرها. وإنما حسبها أن تبشر ولايتها في مجال هذا التفسير بأن

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٦ ق تفسير - جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٦٧٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.



تستظهر الإرادة التي انطلق منها النص القانوني محل التفسير، وأن تستخلصها في حقيقة معنيتها، في اللحظة الزمنية التي أنشأها المشرع فيها، وهي لحظة تلابس تكوينها، ولو كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع من وراء صياغتها.

ومن ثم يكون طلب التفسير التشريعي المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادتين ٢٦ و ٣٣ من قانونها، طلبا في غير خصوصية قضائية، مقيدا بالشروط الإجرائية والموضوعية التي فرضها قانون المحكمة الدستورية العليا في شأنه، ومقصورا على الخوض في مقاصد المشرع من النصوص القانونية التي يتعلق بالتفسير بها، ونابتا عن الفصل في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

### المطلب الأول

#### الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي

٤٨١- وتنحصر الشروط الشكلية أو الإجرائية لطلب التفسير فيما تنص عليه المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من تقديم هذا الطلب من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس السلطة التشريعية، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية؛ على أن يبين في طلب التفسير، النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه.

وهذه الشروط الإجرائية لازمها أن كل طلب بالتفسير يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا عن غير طريق الجهات التي حددتها الفقرة الأولى من المادة ٣٣ من قانونها، يكون غير مقبول، وكو توافرت في هذا الطلب شروطه الموضوعية. ذلك أن الشكل والإجراء، مقدم دائما على الموضوع.

### المطلب الثاني

#### الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي

٤٨٢- وإلى جوار الشروط الشكلية التي يجب أن يلتزمها طلب التفسير، فسلن شروطه الموضوعية تدور حول أمور ثلاثة لا بد من اجتماعها؛ وإلا صار طلب التفسير غير مقبول.

أولها: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها أهمية جوهرية -لا ثانوية أو عرضية- تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تتناولها، ووزن المصالح المرتبطة بها. فلا يكون نطاق تطبيقها منحصرًا في دائرة ضيقة؛ ولا أثارها متناهية في ضآلتها؛ بل يتعين أن يكون دورها في تشكيل العلائق الاجتماعية موضوعها، عريضًا من جهة المصالح التي يمسها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تنحصر آفاقها، ولا تضيق دائرة تطبيقها، هي وحدها التي يجوز تفسيرها، وذلك إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، لينحصر اختصاص التفسير عما دونها شكلاً وموضوعاً.

ثانيها: أن يكون القائمون على تطبيق النصوص القانونية المطلوب تفسيرها، قد اختلفوا فيما بينهم اختلافًا بينًا في شأن حقيقة محتواها، أو نطاق الآثار التي ترتبها. بما لا يوحد طرائق إعمال هذه النصوص، ولا يكفل معايير واضحة لضمان تطبيقها على المخاطبين بها دون تمييز. وإنما يكون اضطرابهم في فهمها، وزاعمهم حول دلالتها، منتهيا إلى تعدد تأويلاتها، وتعذر التوفيق بين معانيها المتعارضة. فلا تستقيم صورتها على حال واحدة، بما يجعل تطبيقها متفاوتا. فيسبب بين المخاطبين بها، ويخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة لحقوق المواطنين وحررياتهم، سواء في ذلك التي يكون الدستور مصدرا لها، أو التي يكون المشرع قد كفلها.

ثالثها: ألا يتعلق طلب التفسير بنصوص قانونية ظل تطبيقها متراخيا حتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا، ولو كان المواطنون في مجموعهم قد اختلفوا حول معناها، أو كان جنلهم في شأنهم صاخبا عريضا، أو قائما حول التتظير والتأصيل، أو دائرا حول الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو محلا جوانبها السلبية، أو كاشفا عن عميق غضبهم عليها. إذ لا يتصل ذلك كله بدخول تلك النصوص في حيز التنفيذ، ولا باختبارها من خلال تطبيق يظهر التنازع حصول دلالتها.

يؤيد ذلك أن ما تنص عليه المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن النصوص القانونية التي يجوز عرضها عليها طلبا لتفسيرها، هي تلك التي تتباين تأويلاتها بصورة عميقة، يفترض ألا تكون هذه النصوص قد أصابها التيبس من خلال التراخي في تطبيقها زمنا طويلا بما يعطل سرانيتها عملا. إذ تعتبر هذه النصوص قائمة راقدة Dormant provisions ولا يتصور بعد هودها، أن تتوافر لها الأهمية التي تقتضي تحديد معناها، ولا أن يكون المخاطبون بها قد أصابهم

ضرر من جراء سرّياتها في شأنهم<sup>(١)</sup> ذلك أن العمل بها، لا يكون إلا بنشرها في الجريدة الرسمية، وحلول الميعاد المحدد لسريتها. وإن كان سرّياتها قانوناً، لا يعني بالضرورة تطبيقها عملاً.

وإذ كان قانون المحكمة الدستورية العليا لا يتوخى غير ضمان توحيد تفسير النصوص القانونية المتنازع على دلالتها بعد تطبيقها. فإنه كلما ظل هذا التطبيق مهملاً، فإن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، يكون غير مقبول. ذلك أن تطبيق النصوص القانونية عملاً، هو وحده الذي يستتبع الجدل حول حقيقة معانيها وما قصده المشرع بها.

ولا يجوز بالتالي أن يرتبط التفسير التشريعي للنصوص القانونية، بأغراض علمية تتصل بتأصيل هذه النصوص أو التخرّيج عليها. ذلك أن التفسير التشريعي، لا يتعلق بغير النصوص القانونية التي دل تطبيقها على غموض معانيها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الإنابة عما قصده المشرع منها، غير ضمان لوحدة تطبيقها وفق ضوابط موحدة يتكافأ المواطنون في مجال الخضوع لها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢١ جزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الثالث

#### لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية

##### من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً

٤٨٣- وباستيفاء الشروط الإجرائية والموضوعية لطلب التفسير، تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها في شأن النصوص القانونية المطلوب تفسيرها بقصد توحيد مفاهيمها. وهي توحيدها من خلال تفسيرها مقاصد المشرع منها.

ولأن إرادة المشرع هي التي تبلور النصوص القانونية محل التفسير، وتشكلها؛ فإن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التفسير التشريعي، تنحصر في استظهار هذه الإرادة حتى تحدد للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها، دلالتها.

وبانتهاء مهمتها هذه، يخرج طلب التفسير من يدها، فلا تنتظر فيما إذا كان النص القانوني المفسر يناقض أو يوافق الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية يتوخى بها المدعى إبطال نص قانوني يراه مخالفاً للدستور.

ثانيهما: أن موضوع طلب التفسير ينحصر في مجرد الكشف عن إرادة المشرع في شأن النصوص القانونية التي تناولها التفسير، ووقفاً على ما هيته ليتم تطبيقها على ضوء حقيقة معانيها. شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو، شأن القوانين التفسيرية التي تقرها السلطة التشريعية ذاتها، إذا استبان لها خفاء مقاصدها من النصوص التي تفسرها، على القائمين بتطبيقها، وأنهم ينحلون لها بالتالي غير المعاني المقصود منها. ومن ثم كان مفهوماً ما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يحور أن يتخذ موطناً للفصل في دستورتها، تمهيداً لتقرير صحتها أو بطلانها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم (١) لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٨٠٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن المادة ٢٦ من قانونها لا تخولها غير استصفاء إرادة المشرع واستخلاصها "نون  
تقييم لخروجها على الدستور أو اتفاقها مع أحكامه" على تقدير أن النصوص القانونية المطلوب  
تفسيرها، إنما ترد إلى إرادة المشرع وتحمل عليها حملا، سواء ألزام مضمونها مع أحكام الدستور،  
أم خالفها<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٤/١٧ - قاعدة رقم ٤٢ - ص ٦٤٧ - ٦٤٨ من  
الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

### المبحث الرابع

#### طلب التفسير التشريعي ليس بخصوصية قضائية<sup>(١)</sup>

٤٨٤- ينحصر الغرض من طلب التفسير المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا في استكناه إرادة المشرع حتى يحمل النص القانوني المطلوب تفسيره على تلك الإرادة، فلا يناقضها. شأن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه مبهما من النصوص القانونية المعمول بها، التي لم يستثن القائمين على تطبيقها، حقيقة مقاصد المشرع منها.

ومواء صدر هذا التفسير عن المحكمة الدستورية العليا أو عن السلطة التشريعية، فإنه في الحالتين، لا يعتبر قراراً صادراً في خصوصية قضائية. وإنما يستقل عنها. ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حد التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضمانات التقاضي، وبوصفها -في صورتها الأعم- أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها. كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتئاء المنفعة التي يقرها القانون، والتي تعكسها الرضائية القضائية التي يطلبها المدعي أو يتوقعها.

والأمر على نقيض ذلك في التفسير التشريعي. ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، ينحلون لها غير المعاني التي قصدتها. وإذا تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في ذلك، فإنها تقيدها بالشروط التي تفرضها لإجرائه. وليس بشرط أن تكون هذه الجهة، قضائية في تكوينها وضمائنها، وإن تعين دوماً أن تتعلق ولايتها بإرادة المشرع التي شكل على ضوءها النصوص القانونية محل التفسير، وأن ينحصر واجبها في استكناه هذه الإرادة وفق ضوابط موضوعية مردها إلى عبارة النص في سياقها، وعلى ضوء الأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يستها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية "تفسير" - جلسة ١٢/١٠/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٩٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وما تقدم مؤداه، أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها القانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي - كذلك التي تعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضي تخطها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمدلولها - فمن المحكمة الدستورية العليا محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تخطها به تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نفيها. بل يستقل تماماً عنها. ذلك أن مرماه صون النصوص القانونية مما يلبس معانيها بغيرها، لضمان أن يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها من خلال فهمها بصورة موحدة.

### المبحث الخامس طبيعة التفسير التشريعي وأثره

٤٨٥- وإذ نصر المحكمة الدستورية العليا النص القانوني المطلوب تفسيره، فإن قرارها في ذلك يقيد السلطات كلها والناس جميعهم، بما يلزمهم بتطبيق القاعدة القانونية على النحو الذي فسرته به المحكمة الدستورية العليا. فلا يدخل أحد عليها "عناصر جديدة" تغير من مضمونها، أو ترددها إلى غير الدائرة التي تعمل في نطاقها. ذلك أن قرار المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص التي فسرتها، يحدد دلالتها تحديداً جازماً لا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار في تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا يتجزأ، وواجباً تطبيقه منذ نفاذه. ومن ثم يعتبر النص المفسر وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذي حدده قرار التفسير. وليس ذلك تطبيقاً لقرار التفسير بأثر رجعي، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المحكمة الدستورية العليا، لا تفعل شيئاً أكثر من تحديد مضمون نص ثار الجدل عميقاً من حوله؛ سواء كان هذا النص غامضاً خافياً معناه، أو كان معناه الظاهر مناقياً ما قصده المشرع منه. وهي في كلتا الحالتين، تعيد لهذا النص صورته الحقيقية التي لم يفتن لها القاتعون على تطبيقه.

وثانيهما: أن قرار التفسير يردك إلى النص المفسر منذ ميلاده -لا لإجراء تعديل فيه بشأن رجعي- وإنما بافتراض صدور هذا القرار مستصحباً الحالة التي كان عليها النص المفسر حين ظهر قانوناً إلى الوجود<sup>(١)</sup>.

(١) محكمة عليا -الدعوى رقم ٨ لسنة ١ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٦ مايو ١٩٧٢ - قاعدة رقم ١٠ - من ٩٣ من الحرة الأول من القسم الأول من مجموعة أحكامها الصادرة في الدعوى الدستورية منذ ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦ حيث تقول المحكمة أن القرار المفسر الصادر من سلطة مخصصة بإصداره، لا ينشئ حكماً جديداً، بل يعتبر جزءاً من التشريع الأصلي الذي فسره، فيسرى من وقت نفاذ هذا التشريع. وإذا كان التشريع الأصلي -بالمعنى الذي تضمنه قرار التفسير التشريعي- هو الواجب التطبيق من وقت نفاذه؛ فإن هذا لا ينطوي على إجراء أثر رجعي لهذا القرار. ولا يتمتع سريان قرار التفسير على الوقائع التي تحدث في الفترة من صدور التشريع الأصلي والتشريع المفسر له، إلا حيث تكون قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية اختتاماً لمبدأ حجيتها.

وأطر كذلك طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥١ قضائية تفسير -جلسة ٣٠ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١ - من ١٧٥؛ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



### الفصل السادس والعشرون

### الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشؤونها الخارجية

#### المبحث الأول

#### التدخل بين السلطين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق

٤٨٦- تنير إدارة الدولة لشؤونها الخارجية محائير كثيرة منها ما إذا كان التدخل في هذه الشؤون يعتبر حقا مقصورا على رئيس الجمهورية. أم أن للسلطة التشريعية دورا في تنظيمها، فلا ينفرد بها رئيس الجمهورية.

ويزيد من صعوبة الأمر أن الشؤون الخارجية تتعدد ملامحها وصور التدخل فيها.

فلسطة التشريعية -دون ما تمييز بين غير المواطنين بالنظر إلى أعراقهم أو ألوانهم أو لهجاتهم- أن تحدد شروط دخولهم إلى إقليم الدولة، وأحوال طردهم من هذا الإقليم، والقوانين التي يخضعون لها عند وجودهم فيه. واختصاصها في ذلك فرع من السيادة الوطنية، ونتيجة مترتبة على مسئوليتها في مجال صون الأمن العام، وبمراعاة أن طرد غير المواطنين لا يعتبر عقوبة جنائية لا يجوز تطبيقها بأثر رجعي؛ وإن تقيد بشرط الوسائل القانونية السلمية<sup>(١)</sup>.

ولها كذلك أن تعمل على ضمان إيفاء الدولة لالتزاماتها الدولية وفقا لقانون الأمم. ولها في هذا المقام أن تقر القوانين التي يقتضيها تنفيذ معاهداتها مع الدول الأجنبية ولها أن موضوعها، بشرط أن تكون معاهداتها هذه صحيحة في ذاتها وفقا للدستور؛ وبمراعاة أن المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قد تغاير في طبيعتها واتساعها تلك التي تنظمها السلطة التشريعية في مجال تصرفها للشؤون الداخلية في بلدها. ويظل تدخل السلطة التشريعية مطلوبا لتنفيذ معاهدة دولية قائمة كلما كان هذا التدخل كافلا مصالح قومية ملحة<sup>(٢)</sup>.

وللسلطة التشريعية فضلا عما تقدم، أن تعدل أحكام معاهدة دولية نافذة على ضوء تفسير هام غير متوقع طرا على السياسة القومية في المسائل التي تناولتها. ولها كذلك أن تتدخل مسن

(١) United States ex rel, Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Neely v. Henkel, 180 U.S. 109 (1901); Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

(٢) United States v. Arjona, 120 U.S. 479 (1887).

المعاهدة إذا أخلت دولة متعاقدة بالتزاماتها المقررة بها. ويظل الأصل هو أن تعمل السلطة التشريعية على ضمان تنفيذ كل تعهد دولي تكون بلدها طرفا فيه. ذلك أن قانون الأمم يلزمها بأن تتخذ كل التدابير التي يقتضيها صون هذا التعهد ضمانا لتواصل الأمم فيما بينها وتوكيدا لتداخل مصالحها.

والسلطة التشريعية دائما أن تردع مواطنيها عن جرائمهم التي يرتكبونها في أعالي البحار، وأن تأمر بعودتهم إلى بلدانهم عند الضرورة، وأن تعلقهم على امتناعهم عن العودة إليها، وأن تمنعهم من الاتجار في الأسلحة في مناطق القتال الأجنبية.

ولها كذلك أن تفرض رقابتها على سفنها التجارية الموجودة في أعالي البحار، وأن تنظم سلوكها حتى أثناء وجودها في البحار الإقليمية والمياه الداخلية الأجنبية في الحدود التي تتسامح فيها الدول التي توجد هذه السفن في مياهها أو بحارها<sup>(١)</sup>.

وإذا تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها في مجال الشؤون والعلاقات الخارجية الدولية، فإن عليها أن تنكيد في ذلك بقواعد الدستور، وعلى الأخص ما اتصل منها بحقوق المواطنين وحررياتهم. ذلك أن الولاية التي تباشرها في هذا النطاق هي عريضة فسي اتساعا- يتعين إخضاعها للقيود التي يحيطها الدستور بها، شأنها في ذلك شأن كل ولاية تلتقيها السلطة التشريعية عن الدستور، وفوضها في مباشرتها.

ويتعين بالتالي أن يحيط شرط الوسائل القانونية السليمة بكل تنظيم يصدر عن السلطة التشريعية في نطاق الشؤون الخارجية، وأن تتوافر علاقة منطقية بين مضمون الاختصاص المخول دستوريا للسلطة التشريعية، والتدابير التي اتخذتها لتنفيذه<sup>(٢)</sup>.

(١) Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932); United States v. Bowman 260 U.S. 94 (1922).

(٢) Perez v. Brownell 356 U.S. 44 (1958).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية:

Since congress may not act arbitrarily, a rational nexus must exist between the content of a specific power in Congress and the action of Congress in carrying that power into execution

وفي النظم الفيدرالية، تثير إدارة الشؤون الخارجية موضوع العلاقة بين السلطة الاتحادية من جهة، ولاياتها من جهة أخرى. ذلك أن السلطة الاتحادية المركزية، وإن كانت لا تملك فسي نطاق الشؤون الداخلية غير صور الاختصاص التي تقتطعها دستور الاتحاد من الولايات الأعضاء فيه، إلا أن مظاهر السيادة الخارجية لا تملكها غير السلطة الفيدرالية - لا لأن الدستور خولها هذه السيادة وقصرها عليها - وإنما لأن مباشرة هذه السيادة نتيجة مترتبة بالضرورة على انضمام ولاياتها إلى الاتحاد، وانصهارها في بوتقة واحدة، تمثلها الوحدة الوطنية التي تجمعها.

وهي وحدة مؤداها أن تكون بيد الحكومة المركزية وحدها سلطة إعلان الحرب، والتعهد على السلم، وإبرام المعاهدات الدولية، والدخول في روابط دبلوماسية مع الدول الأجنبية إلى غير ذلك من أشكال السيادة الخارجية التي وإن جاز القول بأن السلطة التشريعية دور في مجال تحديد بعض ملامحها، إلا أن اليد الطولي فيها هي لرئيس الجمهورية بصرفها وفق تقديره، وفي حدود الدستور، وبغير إخلال بالقوانين المعمول بها<sup>(١)</sup>.

٤٨٧- ولا يجوز بالتالي لأية ولاية في تنظيم فيدرالي أن تصدر تشريعا في أمر يتعلق بالشؤون الخارجية التي تستقل بها الحكومة المركزية وفقا للدستور، والتي ترتبط أهميتها بتكافؤ الدول في سيادتها، وحساسيتها فيما يتعلق بمصالحها القومية. مثل الشؤون الخارجية في ذلك، مثل السلطة التي تملكها الدولة بالنسبة إلى الأعمال العدائية الموجهة ضدها. ذلك أن اختصاصها بهرد هذه الأعمال على أعقابها، يفيد ضمنا اختصاصها بتسوية الأضرار الناجمة عن تلك الأعمال منذ بنائها، وعلى امتداد مراحل تطورها، وحتى بعد توقفها أو انتهائها، كلما كان للتدخل بسلطتها هذه لازما لمواجهة مضار ألحقها تلك الأعمال بالأوضاع القائمة في إقليمها؛ وبشرط ألا تتحول هذه الرخصة الاستثنائية إلى سلطة دائمة أو مطلقة، غايتها إرضاء مشاعر قومية ملتتهبة<sup>(٢)</sup>.

(١) Kennedy v. Mendoza - Martinez , 372 U.S. 144 (1963).

وينص الدستور الأمريكي على أن لرئيس الجمهورية السلطة التي يبرم بها المعاهدات الدولية بموافقة ونصيحة مجلس الشيوخ وبشرط موافقة ثلثي أعضائه الحاضرين.

(٢) ولا يجوز لولاية بالتالي أن تنظم حق الأجانب في الميراث باعتباره متصلا بالشؤون الخارجية التي يستقل بها رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية وفقا للدستور .

Zschemig v. Miller , 389 U.S. 429 ( 1968 )

ذلك أن مواجهة الأعمال العدوانية بالتدابير الملائمة، سلطة خطيرة في اتساعها، وفي قدر  
 مساسها بحقوق المواطنين وحرياتهم. ويتعين بالتالي ضبطها في حدود منطقية تزنها بقدر  
 الضرورة التي فرضتها، فلا تتخذ مبررا لإضفاء الشرعية الدستورية على كل قانون أو إجراء  
 ولو كان منافيا لطبيعتها<sup>(١)</sup>.

---

<sup>(١)</sup> See Concurring Opinion of Justice Jackson in *Woods v. Miller Co.* 333 U.S. 138 (1948)

### المبحث الثاني

#### بعض أحكام المعاهدات الدولية

##### المطلب الأول

##### مستوى المعاهدة الدولية

٤٨٨- لرئيس الجمهورية أن يدير السياسة الخارجية لبلاده، ولو لم يكن هو الذي حدد ملامحها. وهو مسئول عن التفاوض على معاهداتها الدولية وإبرارها وإنهائها، وفي أن يقيم علاقات مع الدولة الأجنبية أو ينهيها<sup>(١)</sup>.

وكل سلطة لا يتلقاها رئيس الجمهورية من الدستور، ولا بتفويض من المشرع، لا يجوز أن يباشرها، أي كان قدر الحاجة إليها أو الأوضاع الطارئة التي تتطلبها. وإذا كان الدستور في بعض الدول لا يفرد رئيس الجمهورية باختصاص الدخول في معاهدة دولية، وعلى الأخص ما يكون منها ذو أهمية بالغة؛ إلا أن تقييد سلطة رئيس الجمهورية على هذا النحو، مرده إلى نص في الدستور. والأصل في المعاهدة الدولية، أنها تعاهد بين دولتين أو أكثر لا يفرغ في شكل معين. وهي تعتبر من أكثر أشكال التدخل تأثيراً في الشؤون الخارجية، وعلى الأخص من جهة مضمونها، ونطاق المسائل التي تنظمها، وضرورة التقيد بأحكامها. ومن ثم تظهر المعاهدة الدولية كاتفاق خطير في آثاره من ناحيتين بوجه خاص:

أولاهما: أنها تتناول كل المسائل التي يجوز التفاوض عليها بين الدول أطرافها.

ثانيتهما: أنها تكفل الوفاء بمصالح قومية علياً قلما تتناولها السلطة التشريعية بوسائلها، أو تعجز عن مواجهتها لاتصالها بشئون زمامها أصلاً بيد السلطة للتنفيذية تنظماً من خلال معاهدة دولية تكون الطريق للوحيد للتدخل في علاقات من طبيعة دولية.

ومن ثم كان الأصل أن يندرج موضوع المعاهدة الدولية في إطار المسائل التي يجوز ضبطها من خلال تنظيم دولي. وهي مسائل لا يجوز لجهة للرقابة على الدستورية أن تقرر ملازمة التفاوض عليها، ولا أن تفصل في حسن أو سوء نية السلطة للتنفيذية في مجال تنظيمها

(١) See, J.Berger, "The Presidential Monopoly of foreign Relations". 71 Mich., I. Review. 1 (1972).

لها من خلال المعاهدة الدولية؛ وإن تعين عليها دوماً أن تفرض رقابتها على المعاهدة في أوضاعها الشكلية التي يتطلبها الدستور، وأن تحيط كذلك بمضمون أحكامها للتحقق من تطابقها مع أحكامه، وعلي الأخص ما يتعلق منها بحقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها<sup>(١)</sup>. ذلك أن كل معاهدة دولية -وهي لا تعتبر كذلك إلا إذا تم التفاوض بين الدول أطرافها على كافة المسائل التي تناولتها<sup>(٢)</sup>- دون الدستور في منظومة تدرج القواعد القانونية، سواء كان للمعاهدة قوة القانون ليعملها قانون لاحق عليها<sup>(٣)</sup>؛ أم كان لها قوة تعلق القانون، فلا يعملها قانون تال للعمل بها.

وليس للمعاهدة أن تعدل الدستور. ذلك أن شرط صحتها هو ألا تتناقض أحكامه التي لا شأن لها بما إذا كان الدخول في المعاهدة في الدول الفيدرالية قد جاوز الاختصاص المقرر دستوريا لولاياتها. يؤيد هذا النظر، أن المعاهدة الدولية تطرح مسائل قومية عميقة في أبعادها لا تحميها إلا السلطة الوطنية الفيدرالية<sup>(٤)</sup>. وصح القول بالتالي بأن للمعاهدة -وبالنظر إلى الطبيعة الدولية للمصالح التي تمثلها- أن تنظم بطريقة شاملة، كافة المسائل التي يجوز التفاوض عليها، ولو كان من بينها ما احتجزه الدستور للولاية. كذلك لا شأن لدستورية المعاهدة بما إذا كان الدخول فيها يعتبر إجراء ملائماً وضرورياً وذلك لأمرين:

أولهما: أن المعاهدة والقانون دون الدستور في مدارج التنظيم القانوني في الدولة. ويتعين بالتالي أن تأخذ المعاهدة في اعتبارها حقوق المواطنين وحرياتهم، سواء ورد النص عليها في الدستور، أو صدر بها ميثاق لإعلان الحقوق. وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تستخلص من معاهدة دولية تتولى تنفيذ أحكامها -من خلال قانون يدمجها في القوانين الوطنية المعمول بها- حقوقاً تعلق بها على الدستور. شأن المعاهدة الدولية في ذلك -ولو كان إبرامها بموافقة السلطة

(١) J. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, 251- 70 (1972); Laurence H. Tribe, I ibid, p. 227.

(٢) De Geofroy v. Riggs, 133 U.S. 258, 267 (1890); Reid v. Covert, 354 U.S. 1 (1957).

(٣) Foster v. Neilson, 27 U.S. (2 pet) 253, 314 (1829).

فإذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون، فإنها تعد له بشرط أن تكون نافذة بذاتها، لأنها إن لم تكن كذلك، فستحتاج إلى قانون لتنفيذها. وفي هذه الحالة يعتبر هذا القانون ملغياً للقانون السابق. ولا يقال عندئذ بأن المعاهدة ذاتها ألغت القانون السابق عليها. وفي الدول الفيدرالية تسمى المعاهدة على أي قانون في الولاية ولو نظم هذا القانون مسائل تدخل في اختصاصها.

(٤) Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920) at 435; Laurence H. Tribe, ibid, p. 227.

التشريعية، وفي حدود توجيهاتها- شأن كل قانون توافق عليه بأغلبية أعضائها، ولو كان الدخول في المعاهدة الدولية وفق أوضاع شكلية تغاير تلك التي يتطلبها الدستور في شأن اقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها.

ثانيهما: أن ملامحة المعاهدة أو ضرورتها لا شأن لها بضوابط دستوريته. ذلك أن كل معاهدة دولية تتجرد من آثارها بقدر خروجها على الدستور، سواء تم الدخول فيها تنفيذاً لسياسة تم الاتفاق عليها، لم كان للتفاوض عليها وإبرامها قد تم لمواجهته أوضاع طارئة. ذلك أن التدخل بالمعاهدة لتنفيذ سياسة قائمة، لا يحسنها؛ وإنما يتعين للفصل في دستورية المعاهدة، النظر إلى السلطة التي أبرمتها، وإلى حدود اختصاصها المقرر بالدستور، وإلى كيفية مباشرتها لهذا الاختصاص؛ وبمراعاة أن الفصل في دستورية القانون الصادر بتنفيذ معاهدة دولية، لا ينفصل عن المعاهدة التي تنطق هذا القانون بها.

### المطلب الثاني

#### مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة

٤٨٩- تنوزع السلطة بين الأفرع التشريعية والتنفيذية والقضائية، فلا تندمج في بعضها، حتى تباشر كل منها -على ضوء تعاونها لا تناحرها- وظائفها بصورة مفترقة لا طغيان فيها، وفي إطار أشكال: من الرقابة التي تتبادلها فيما بينها، بما يحفظ توازنها ويكفل تساويها مع بعضها The system of cheques and balances. وبمراعاة أن فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها، لا يتقرر دائما بخطوط قاطعة. بل كثيرا ما تكون حدود هذا الفصل مشوبة بالغموض. وهو ما يلقي واجبا ثقيلا على جهة الرقابة على الدستورية التي يتعين عليها عندئذ أن تبين الخطوط التي لا يجوز لأية سلطة أن تتجاوزها، وعلى الأخص فيما يتعلق باختصاص رئيس الجمهورية في تنفيذ السياسة القومية في الشؤون الخارجية، من خلال معاهدة دولية تعتبر أداة رئيسية لتطوير العلاقات بين الدول.

ولا شبهة في أن اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة شؤون الدولة الخارجية، إنما يدخل فيه عقده لمعاهدتها الدولية. ذلك أن إدارته لهذه الشؤون لا تتأني من تفويض يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما مرد أمره في تصريفها إلى الدستور، مقيدا في ذلك بأحكامه. فلا تكون سلطاته في إدارة الشؤون الخارجية مطلقة لا قيد عليها، وإن تعين القول بغلبة عناصر التقدير على ضوابط

التقييد فيها، واتساع نطاقها، ومرونتها، ومواجهتها لأوضاع متغيرة بطبيعتها، خاصة وأن نفاذ رئيس الجمهورية إلى 'الأوضاع الداخلية في الدول الأجنبية، ومعرفة ظروفها وخبرته بشؤونها، يتحقق على نحو أفضل من السلطة التشريعية. وهو يعتمد على مصادره المحايدة التي ترتبط به مباشرة - كرجال مخابراته وسفرائه وقناصله الموزعين في الدول على اختلافها - للحصول على المعلومات التي يطلبها منهم عنها. فلا تكون موضوعية تقاريرهم وسريتها إلا مصادر موثوق بها تنبئ خطاه، وتبصره بالطرائق الأفضل للتعامل مع هذه الدول.

وهو يقرر على ضوء هذه التقارير - التي تعتبر سريتها وضرورة كتمان ما ورد بها من أكثر الوسائل فعالية لتحديد الملامح الجوهرية للسياسة الخارجية - شكل التدخل بوضوح التأثير في الدول الأجنبية التي يتعامل معها، وأثر هذا التدخل على الأوضاع التي تحيط بالدول المجاورة لها، وعلى روابطه الدبلوماسية في مجموعها، وما إذا كان مرغوبا فيه ألا يتدخل على نحو ما، أو ألا يتدخل على الإطلاق.

ولئن كان نفاذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، معلقا أحيانا على موافقة السلطة التشريعية عليها، إلا أن هذه السلطة لا يجوز أن تتدخل في عملية التفاوض بشأنها<sup>(١)</sup>. ومن باب أولي إذا كان نفاذ المعاهدة في الداخل واقعا بحكم الدستور بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية التي لا تشترط لسريان المعاهدة في النطاق الداخلي، صدور قانون ينقل أحكامها من المجال الدولي ودمجها في القوانين الوطنية، وإنما يجعل للمعاهدة التي يبرمها رئيس الجمهورية، قوة القانون، بمجرد التصديق عليها ونشرها وفق الأوضاع المقررة.

بما مؤده أن كل اختصاص ينفرده به رئيس الجمهورية وفقا للدستور، يظل واقعا وراء حدود السلطة التشريعية ورقابتها. ذلك أن الأصل في السلطة - ليا كان مضمونها أو الأفرع التي تباشرها - هو أن يكون الدستور مصدرا. فلا تباشر السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية غير الولاية التي حددها الدستور؛ وكذلك ما يندرج ضمنا تحتها، أو يعتبر نتيجة مترتبة عليها Resulting Power. وكلما كان الغرض مشروعاً، وواقعا في حدود الدستور، كان للسلطة أن

(١) United States v. Curtiss - Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).



تعمل على تحقيقه، بكل الوسائل الملائمة وغير المحظورة، والموافقة للدستور في عبارته وروحه<sup>(١)</sup>.

"Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution ; and all the means which are appropriate , which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.

ولرئيس الجمهورية إذا لم يرض بالشروط الجديدة التي تريد السلطة التشريعية إدخالها على المعاهدة، أن يتخلى عن التفاوض لإتمامها. وسلطته في ذلك مطلقة لا قيد عليها<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث

#### التفاوض على المعاهدة الدولية

٤٩٠- لا تصدر أية مبادرة للدخول في معاهدة دولية إلا عن رئيس الجمهورية. فإذا عزم على عقدها، اختص دون غيره بالتفاوض حول بنودها<sup>(٣)</sup>.

ولرئيس الجمهورية أن يرخص لغيره في التفاوض على المعاهدة. وقد يتفاوض شخص عليها بغير تفويض يخوله السلطة الكاملة التي يكون بها ممثلاً لدولته في القبول بأحكامها.

وفي هذه الحالة تكون المعاهدة عديمة الأثر بالنسبة لهذه الدولة ما لم تجزها بعد إبرامها بإقرار لاحق<sup>(٤)</sup>.

ويقدم رئيس الجمهورية إلى السلطة التشريعية -إذا اشترط الدستور تدخلها للموافقة على المعاهدة- المعلومات التي يقدر ملائمة عرضها عليها في شأن تطور مراحل المعاهدة ونتائجها<sup>(٥)</sup>.

(١) Mc Culloch v. Maryland, U S. 4 Wheel 316, 420, 421 (1819).

(٢) Grandall, Treaties, Their Making and Enforcements Washington: second edition. 1916.

(٣) United States v. Curtiss- Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).

(٤) انظر في ذلك المادة ٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 39126 Document A CONF.

(٥) E. Corwin, the president - Office and powers 1787- 1957 New York, fourth edition. 1957, pp. 428- 429.

ولها بعدئذ إما أن تقرر رفض الموافقة على المعاهدة، أو القبول بها دون شروط، أو تطبيق الموافقة عليها على تعديل بعض أحكامها، أو على التحفظ عليها، أو على إصدار بيان بالتقادم حول دلالتها<sup>(١)</sup>. ويتعين أن يتفاوض رئيس الجمهورية من جديد حول المعاهدة إذا كان قبول السلطة التشريعية لها، مطلقا على تحفظ أو رهن إجراء تعديل فيها. ويثير بيان التفاهم محاذير كثيرة، أهمها أنه يعطي تفسيرا للمعاهدة قد لا يكون مقبولا من الدول أطرافها<sup>(٢)</sup>. كذلك فإن التحفظ على بعض أحكامها لا يكون جائزا إذا كان ينظر إلى المعاهدة بوصفها صفقة متكاملة الأجزاء لا يجوز إدخال تغيير يؤثر في بنائها، مما يقتضي القبول بها في مجموع أحكامها، أو عدم الدخول فيها على الإطلاق.

### المطلب الرابع

#### تفسير المعاهدة الدولية

٤٩١- تحكم المعاهدة في مجال تفسيرها قاعدة كلية حاصلها أن كل تفسير يحيط بالأغراض المقصودة منها، لا يكون مقبولا. كذلك، فإن قواعد تفسير المعاهدة ترد في جنورها إلى القواعد التي تصر بها العقود في مجال القانون الخاص. وصح القول بالتالي -وعلى ما تنص عليه المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- <ضرورة تفسير المعاهدة بما يتفق وحسن النية، وعلى ضوء المعنى المعتمد الذي يتعين أن يعطي لعبارتها ومصطلحاتها، في سياقها، وبمسا لا يخل بموضوعها ولا بأغراضها.

ويشمل سياق المعاهدة -لأغراض تفسيرها- أحكامها وملاحقها وديباجتها؛ وكذلك كل اتفاق يتعلق بالمعاهدة تم بين الدول أطرافها في مجال إبرامها. فضلا عن أية وثيقة لها شأن بالمعاهدة في مجال إبرامها، إذا أصدرتها إحدى الدول المتعاقدة، وأقرتها الدول الأخرى أطرافها كوثيقة تتعلق بالمعاهدة.

(١) The constitution of the United States of America, U.S. government printing office, Washington 1996, p. 420.

(٢) يقصد بالتحفظ -وعلى ما تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- ذلك البيان الفردي A Unilateral Statement أيا كانت الطريقة التي صيغ بها أو التسمية التي أطلقت عليه، إذا كان من شأن هذا البيان التعبير عن إرادة الدولة وقت توقيعها على المعاهدة أو تصديقها عليها أو انضمامها، أو قبولها لها، في استبعاد أو تعديل الآثار القانونية لبعض أحكامها في مجال تطبيقها بالنسبة إليها.

ويؤخذ في الاعتبار -بالإضافة إلى سياق المعاهدة، وفضلاً عن قواعد القانون الدولي ذات الصلة المعمول بها في علائق الدول فيما بينها- كل اتفاق لاحق تم بين الدول أطرافها فيما يتعلق بتفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها، إذا دل على قبول الدول أطرافها لهذا التفسير. ويعطى كل مصطلح في الاتفاقية معنى خاص، إذا قام الدليل على اتجاه إرادة الدول إلى هذا المعنى>>.

وتجيز المادة ٣٢ من هذه الاتفاقية، اللجوء إلى وسائل تكميلية للتفسير، بما في ذلك الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمعاهدة، وإلى الأوضاع الملزمة لإبرامها، وذلك من أجل توكيد معانيها الناجمة عن تطبيق المادة ٣١ من الاتفاقية؛ أو لتحديد هذه المعاني إذا كان تفسير المعاهدة وفقاً لنص المادة ٣١ للمشار إليها، يترك المعنى غامضاً أو مجهولاً، أو يفضي إلى نتيجة بالغة الغرابة، أو مجاوزة بشكل ظاهر ما هو معقول *Manifestly absurd or unreasonable*.

وتنص المادة ٣٣ من الاتفاقية المذكورة على أنه كان نص المعاهدة محرراً بأكثر من لغة رسمية، فإن صيغها الرسمية جميعها تكون لها القوة ذاتها، ما لم تنص المعاهدة أو تتفق الدول أطرافها على تغليب صيغة رسمية معينة على أخرى، حال اختلافهما في المعنى. ويفترض أن تتوافق الصيغ الرسمية المختلفة للمعاهدة في معانيها. وفيما عدا الحالة التي تنص فيها المعاهدة أو التي تتفق فيها الدول أطرافها على تغليب صورة على أخرى من الصيغ الرسمية للمعاهدة، فإن ما يقع من تغاير في المعنى بين صيغة وأخرى عند مقارنتها ببعض، يتعين أن يفضى -إذا تعذر حله من خلال المادتين ٣١، ٣٢ من الاتفاقية- بالرجوع إلى المعنى الذي يوفق بطريقة أفضل، بين ما هو قائم من تعارض بين هاتين الصيغتين الرسميتين، مع إيلاء الاعتبار لموضوع المعاهدة وأغراضها<sup>(١)</sup>.

٤٩٢- تلك هي الخطوط الرئيسية لقواعد تفسير المعاهدة التي شكك بعض الفقهاء في وجودها أصلاً في نطاق القانون الدولي؛ وإن كان آخرون قد ذهبوا إلى احتواء هذا القانون على أصول لتفسير المعاهدة لا يجوز تجاهلها. وهم يستخلصون هذه الأصول من القواعد التي أقرتها في هذا الشأن المحكمة الدائمة للعدل الدولي<sup>(٢)</sup>. وهي قواعد حرص معهد القانون الدولي كذلك

(١) انظر في ذلك الرأي الاستشاري للمحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في موضوع:

"The Exchange of Greek and Turkish Populations". Ser.B.No p.20,26.

وكذلك رأيهما الاستشاري في موضوع ٣٧، Ser.B.No.11، at 37 "Postal Polish Office in Danzig".

علي صياغتها -بحذر كبير- في مانتين<sup>(١)</sup>. والفقهاء يختلفون كذلك في نقطة البداية التي يركزون عليها في مجال التفسير. فمنهم من يولي اهتمامه لنصوص المعاهدة بوصفها التعبير الأكثر والرسمي عن نوايا الدول أطرافها. وينظر آخرون إلى نوايا هذه الدول بوصفها عاملاً شخصياً منفصلاً عن نصوص المعاهدة؛ ويركز نفر آخر علي موضوع وأغراض المعاهدة، المعلنة أو الواضحة.

والذين يعولون من الفقهاء على نوايا الدول للمعاهدة، يجيزون الرجوع بصورة متحررة إلى الأعمال التحضيرية، وإلى غيرها من الوثائق التي تعيد في كشفها عن هذه النوايا. والذين يعطون أهمية رئيسية لموضوع المعاهدة وأغراضها -خاصة في المعاهدات التي تتعدد الدول أطرافها- يسوغون تفسير أحكامها فيما وراء نصوصها، وحتى بالمخالفة لها. ولكن الفقهاء فسي غالبيتهم يرون أن المكانة الأولى في التفسير، هي تلك التي تحتلها نصوص المعاهدة. ولكنهم لا يتجاهلون كذلك الشواهد الخارجية على نوايا الدول أطرافها، ولا يسقطون من حسابهم موضوع المعاهدة وأغراضها في مجال تفسير أحكامها. والمحاكم الدولية جميعها تنجأ في تفسير المعاهدة إلى قواعد التفسير المقررة في نظمها الوطنية في مجال تفسير العقود. وإن صح ما قرره الفقهاء من أن قواعد التفسير هذه، ليس لها صفة إلزامية، لأنها تعتمد على المنطق وحسن التقدير، وأن قيمتها تكمن في مجرد كونها خطوطاً توجيهية لضوابط التفسير لا ترقى إلى مرتبة الإلزام، وإن ملازمة تطبيقها في حالة بذاتها، مرده إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طبيعة المعاهدة وموضوعها، وطريقة ترتيب عبارتها، وصلتها ببعضها، وعلاقتها بالأجزاء الأخرى في المعاهدة، ودرجة اقتناع المفسر -لا بألية تطبيق هذه الضوابط- وإنما بمدى صلاحيتها لمواجهة أوضاع بذاتها لفرزتها المعاهدة في مجال تطبيقها بين الدول أطرافها.

ولا يتصور بالتالي تقنين قواعد تفسر المعاهدة علي ضوئها، كلما كانت ملازمة تطبيقها في حالة بذاتها، موقوفة علي الطبيعة الخاصة لنص معين، أو علي النظرة الشخصية لأوضاع تحيط بالمعاهدة وتؤثر في تطبيقها. وإنما يتعين أن يقتصر التقنين على تلك القواعد التي لها من عموم تطبيقاتها ما يسوغ الإحالة إليها في مجال تفسير المعاهدة. ويندرج في إطار هذه القواعد: ما هو مقرر من أنه إذا تعارض تفسيران للمعاهدة أحدهما يمنحها القعالية والأخر يحجبها عنها علي

(١) Annuaire de L'institut de droit international, Vol.46(1956)P.359.

ضوء موضوعها و أغراضها، فإن التفسير الأول يكون هو الأدق باعتباره ضرورة يقتضيها حسن نية الدول أطرافها في مجال تنفيذها.

#### ٤٩٣- وينبغي أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: إن فاعلية المعاهدة The rule of effectiveness ، لا تخول أحدا أن يفسرها بما ينافض دلالة عبارتها وروحها. ذلك أن مثل هذا التفسير ينحل تعديلا لأحكامها، ولا يتوخي مجرد تحديد معانيها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: يتعين النظر إلى المعاهدة إليها كوحدة متكامل أجزاؤها فيما بينها. كذلك فإن النظر إلى قواعد التفسير المختلفة لترتيبها فيما بينها وفق علاقة منطقية تقتضيها طبائع الأشياء، لا يفيد تخرج هذه القواعد فيما بينها في نطاق علاقة هرمية تقدم بعضها قانونا على بعض Hierarchy of norms.

ثالثاً: أن نص المعاهدة هو نقطة البداية في كل تفسير لأحكامها. ويتعين بالتالي أن يؤخذ بمعاني ذلك النص في دلالاتها المعتادة، وفي إطار سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو يحبط أغراضها، وأن يعول دائما على ما يجري به العمل بين الدول أطرافها، وعن اتفاقاتها اللاحقة لإبرامها والتي تبلور تفاهمها فيما بينها على المعاني التي يتعين إسنادها إلى المعاهدة.

ومرد أصل اللجوء إلى النص ابتداء The Textual Approach أنه التعبير الأوضح والأخير عن الإرادة المشتركة للدول المتعاقدة. ويتعين التعويل عليه أصلا فيما خلا الفروض الفادرة التي حكم لها.

Le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: أن تفسير المعاهدة وفق ما يقتضيه حسن النية، مرده أنها شريعة العقد فيما بين الدول أطرافها Pacta sunt servanda.

(١) Ut res magis valeat quam pereat.

(٢) أنظر في ذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية I.C.J Reports 1950,p.229  
Annuaire de l'institut de droit international, vol.44, tome 1(1952).p.199.

خامساً: الأخذ بالمعنى المعتاد لمصطلح ورد في المعاهدة، على ضوء مفاهيم مجردة، وإنما يتحدد في إطار سياق المعاهدة، وعلى ضوء موضوعها وأهدافها؛ ووفق معقولية أو اضطراب هذا التفسير. وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة باختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن قبول دولة جديدة كعضو بها، ما يأتي:

"إن المهمة الأولى لأية محكمة تدعي لتفسير نصوص معاهدة دولية، هي أن تعمل جاهدة على إعطاء الفاعلية لأحكامها في النطاق الطبيعي والمعتاد لدلائها، وعلى ضوء سياقها. فإذا أمكن إسناد معنى معقول لها في هذا النطاق، كان ذلك نهاية مهمة المفسر<sup>(١)</sup>".

سادساً: أن ما قد تتصوره إحدى الدول من معان لألفاظ المعاهدة، تقوم في ذهنها وقت التفاوض عليها أو عند إبرامها، لا يدعو أن يكون تحفظاً ذهنياً Mental reservation قد يقوم الدليل على نقيضه من حقيقة مضمون نصوص المعاهدة، ودلالة عباراتها.

سابعاً: لا يجوز في مجال تفسير المعاهدة أن نحتكم إلى التفسير المرن لأحكامها بقصد تطويرها، ولا إلى التفسير المضيق لنطاق تطبيقها بقصد صون حقوق السيادة وفرض أقل القيود عليها. ذلك أن لكل معاهدة نطاقاً طبيعياً تعمل فيه، ودائرة لسريانها ومضمونها لأحكامها لا يجوز أن يخل من خلال هاتين الصورتين من صور تفسير المعاهدة اللتين قد تقتضيان إرادة الدول أطرافها، ولا تسحان مجالاً حقيقياً لتعمق مقاصدها من المعاهدة. والأولى أن نعتد بمعانيها الواضحة، سواء كانت المعاهدة من طبيعة مشرعة Traités Lois، أم كانت من طبيعة عقية Traités Contrats، وأن تؤخذ هذه المعاني من الدلالة الطبيعية أو المألوفة للكلمة أو العبارة، لأن نحملها بمعان ترهقها، أو نحورها. وهو ما تقرره المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي<sup>(٢)</sup>، وذلك بقولها:

It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd.

(١) I.C.J Reports 1950. p.8.

(٢) I.C.J Reports 1950. p.8.

ثامنا: يتعين تفسير المعاهدة بالنظر إلى كافة بنودها، فلا يقتصر التفسير على نص منها منعزلا عن غيره. ذلك أن نصوص المعاهدة تتكامل فيما بينها. وحتى الدلالة القاطعة لبعض الفاظها في أجزاء من المعاهدة، قد تنقضها معان يمكن أن تستبطنها من باقي أجزائها.

تاسعا: خلو المعاهدة من نص يحكم الحالة المعروضة، لا يجوز أن يملأه المفسر عن النظر في أغراض المعاهدة. فإذا استطاع أن يستخلص منها حكما يغطي به هذا الفراغ، تعين تطبيقه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الخامس

#### العلاقة بين المعاهدة والقانون

٤٩٤- ويقرر دستور جمهورية مصر أن المعاهدة شأنها شأن القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. فلا يطو القانون على المعاهدة، ولا المعاهدة على القانون. ولكنهما يتكافآن في مرتبتيهما في مدارج القواعد القانونية. وإذا كان الدستور بسمو على المعاهدة والقانون، فإن عليهما أن يتقيدا بأحكامه. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تكفل للمعاهدة قوتها بقدر اتفاقها مع أحكام الدستور. فإن هي جاوزتها، تعين إبطالها. ولا يجوز بالتالي أن نقال معاهدة دولية -وأيما كان موضوعها- من نصوص الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية.

(١) ومن ذلك ما قرره محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بتعويض العاملين بالأمم المتحدة عن الأضرار التي تسببهم وتؤدي إلى موتهم أو إلى إحداث جروح بهم من جراء عمل يصدر عن إحدى الدول الأعضاء بها، من أن ميثاق الأمم المتحدة وإن خلا من نص يخول هؤلاء العاملين الأهلية القانونية التي يقاضون بها الدولة التي صدر عنها العمل الضار؛ إلا أن هذا الميثاق لم يجردهم كذلك من الأهلية، وما كان يوسعهم الحصول على حقوقهم من الدول المستولة، بغير تمتعهم بتلك الأهلية، ومن ثم يكون واجبا افتراضا ثبوتها لهم. راجع أيضا:

I.C.J. Reports 1949, 174. See also, The Corfu Channel Case (Merits) I.C.J. Reports 1949, at PP.23-26 أنظر كذلك في كل ما تقدم:

Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157 See also, Draft Articles on the law of treaties with Commentaries, adopted by the international Law Commission at its 18th session, United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Documents, pp.37-46

فما تدعيه ولاية في تنظيم فيدرالي من حقها في تنظيم هجرة الطيور عبر إقليمها، ينال من المصلحة الوطنية. العريضة في اتساعها، والتي تقتضي أن تنظم هذه الهجرة من خلال معاهدة دولية، ويقوانين فيدرالية. خاصة وأن الطيور المهاجرة لا تتوطن في أية ولاية، وإنما يكون مرورها بها عابرا. والمعاهدة والقانون هما اللذان ينظمان هذه الهجرة. وبدونهما لن تكون ثمة طيور تنظمها أية سلطة. ولن يكون ثمة محل للاعتماد عليها، سواء كغذاء أو في مجال تنقية وحماية المحاصيل من حشرات<sup>(١)</sup>.

وكما تعارض مضمون المعاهدة وقانون لاحق عليها، وكان للمعاهدة قوة القانون، فإن أولوية التطبيق تكون لهذا القانون دون المعاهدة *Leges Posteriores Prioris Contrarias* *Abrogant*.

ذلك أن كلا من المعاهدة والقانون تتكافأ في هذه الصورة في درجتيهما، فلا يكون القانون اللاحق على المعاهدة إلا معدلا أو منهيها لها. فإذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون، فإنها تحله بشرط أن تكون نافذة بذاتها *Self-executing Treaty*<sup>(٢)</sup>. وتعتبر المعاهدة كذلك، إذا كان تنفيذها لا يرتبط بصور قانون ينقل أحكامها إلى النطاق الداخلي ويجعلها واجبة الاحترام<sup>(٣)</sup> فإذا كان تنفيذها معلقا على صدور قانون لاحق، فإن القانون السابق يظل قائما إلى أن يصدر القانون اللاحق. وكثيرا ما تكون المعاهدة غير نافذة نفاذا ذاتيا، إما بالنظر إلى طبيعة موضوعها<sup>(٤)</sup> أو بناء على نص فيها.

(١) كانت الولايات المتحدة الأمريكية قد أقرت معاهدة مع بريطانيا العظمى من أجل حماية الطيور المهاجرة. وقد أصدر الكونجرس قانونا لتنفيذ هذه المعاهدة، إلا أن ولاية ميسوري نعت على هذا القانون تدعيه على المحال المحوز للولايات بمقتضى التعديل العاشر للدستور الأمريكي. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة قصت بأنه لا ثمة في دستورية القانون المطعون عليه، لصدوره عن الكونجرس في خاض سلطته في اتخاذ التدابير الضرورية والملائمة لتنفيذ سلطات الحكومة

Missouri v. Holland , 252 U.S. 416 , 432 ( 1920).

(٢) Cook v. United States, 288 U.S.102(1933).

(٣) *Faster v. Neilson* 2 pet (27 U.S.) 253. 314 (1829).

(٤) ومن ذلك معاهدات الحياد. والمعاهدات التي تتعلق بالحرب والمعاهدات التي تكفل للأجانب حقوقا مدنية يتساون فيها مع المواطنين



وقد تكون للمعاهدة قوة تطو على القانون، ولا يتصور فى هذه الحالة أن يعدلها قانون لاحق. وهو ما تنص عليه المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي بقولها بأن لكل اتفاق أو معاهدة دولية قوة ترو على القانون إذا كان التصديق أو الموافقة عليها، قد تم وفق الأوضاع المقررة، وبشروط تبادل تطبيقها بين الدول أطرافها.

وكما كان تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية، فإن الأمر يحتمل عندئذ أحد فرعين:

أولهما: أن يكون موضوع المعاهدة واقعاً فى إطار المسائل التى عهد الدستور صراحة إلى السلطة التشريعية بتنظيمها. وعندئذ يدخل تنفيذ المعاهدة فى إطار اختصاص كافة الدستور لهذه السلطة.

ثانيهما: أن يكون موضوع المعاهدة ذا طبيعة دولية. وفى هذه الحالة لا يتدخل المشرع لتنفيذ المعاهدة بناء على نص مباشر فى الدستور يخلوها هذا الاختصاص. وإنما لأن ولايتها المقررة بالدستور يندرج تحتها ضمناً. إقرار كافة القوانين التى تراها ملائمة وضرورية لإعمال مقتضاها The necessary and proper clause.

وليس للمشرع فى نظام فيدرالى، أن يجرم الأفعال المخلة بالنظام داخل حدود الولاية، ولكنه يستطيع تقرير عقوبة عن هذه الأفعال ذاتها، إذا كان من شأنها حرمان غير المواطنين بها، معن الحقوق التى كفلتها لهم معاهدة دولية. فلا يكون القانون الصادر عن المشرع الفيدرالى، إلا إجراء ضروريا وملائماً لتنفيذ هذه المعاهدة<sup>(١)</sup>.

كذلك لا تختص السلطة التشريعية وفقاً للدستور بتحويل قضايتها مسطرة قضائية على مواطنيها فى الدول الأجنبية، لأن ذلك من المهام التى تنظمها المعاهدة فيما بين الدول أطرافها، وإن جاز للسلطة التشريعية أن تصدر قانوناً تكملياً لهذه المعاهدة، باعتباره إجراء ملائماً وضرورياً لتطبيقها. ولا يجوز للسلطة التشريعية كذلك أن تصدر قانوناً بتسليم الهاربين من العدالة إلى الدولة طالبة التسليم، ولكن المعاهدة بوسعها ذلك. وقد أصدر المشرع كثيراً من القوانين التى ينفذ بها معاهدات التسليم هذه.

(١) Neely v. Henkel, 180 U.S. 109, 121 (1901).

وتتصدر الرقابة على الدستورية في هذه الصور جميعها، في التحقق مما إذا كان تدخل السلطة التشريعية على النحو المتقدم، يعتبر إجراء ضروريا وملتما لتنفيذ معاهدة قائمة. فإن لم يكن هذا التدخل كذلك، فإن هذه السلطة تكون قد تجاوزت حدود ولايتها، وأنت بالتالي عملا مخالفا للدستور.

بما موداه، أن كافة المسائل ذات الطبيعة الدولية وما يتصل بها من حقوق الدول والتزاماتها، تنفرد عن حقوق السيادة التي تباشرها كل دولة على امتداد إقليمها. وليس لمسلطة محلية من شأن بها. وإنما الشأن فيها إلى السلطة القومية المركزية التي تملك من خلال المعاهدة الدولية تنظيم هذه المسائل على الصعيد القومي، ولو كان للسلطة المحلية بعض الحقوق في شأنها.

#### المطلب السادس

#### المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني

٤٩٥- لا يعتبر مخالفا للدستور، خروج المعاهدة الدولية على الشروط التي تطالبها السلطة التشريعية لإبرامها. ذلك أن مجاوزة رئيس الجمهورية لحدود تفويض صدر عنها للدخول في المعاهدة الدولية، لا يدل بالضرورة على إهداره نصوص الدستور، ويؤكد فقط مجاوزة المعاهدة لشروط يفترض أن تكون إطارا لها، ومدخلا لتنفيذ الحقوق التي كفلتها.

ولا كذلك أن تدخل المعاهدة التي دخل فيها رئيس الجمهورية بحقوق الأفراد أو حرياتهم الأساسية التي يكفلها الدستور أو وثائق إعلان الحقوق، ولو كان موضوع المعاهدة من طبيعة دولية تخص أسرة الدول، وتدخل في اهتماماتها International Concern.

وإن صح القول بأن الطبيعة الدولية لموضوع المعاهدة تعبير مرن، وأن المعاهدة الدولية في تطورهما الراهن تتناول مسائل تتنوع مجالاتها باطراد، ويزداد اتساعها يوما بعد يوم، ولم تكن أسرة الدول تعطيها من قبل قدرا كبيرا من الاهتمام، كالاتجار غير المشروع بالعمال المهاجرين، واستغلال المدمنين واليخايا وعمل الأطفال، وحظر كافة أشكال نظام العمل المسخر، وصور التمييز ضد المرأة، وفرض الزوج قسرا، والرق في صورته التقليدية، وكذلك في أشكاله الجديدة التي تتمثل في التحريض على دعاية المرأة والتعامل في الأطفال، وارتهاث شخص وفاء

لدين. وكذلك تعويض ضحايا إساءة استعمال السلطة وحماية كافة الأشخاص الذين يتعرضون بصفة مؤقتة للاحتجاز أو لغير ذلك من صور تقييد الحرية الشخصية المجافية لشرط الوسائل القانونية السلمية، كالإيداع غير المشروع في السجون.

### المطلب السابع

#### المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية

٤٩٦- الأصل في المعاهدة الدولية أن تنقيد بالشروط الشكلية والموضوعية التي تطلبها الدستور فيها.

٤٩٧- وقد تتضمن المعاهدة الدولية أحكاماً تخرج بطبيعتها من مجال الرقابة القضائية على الدستورية. ويندرج تحتها ما إذا كان ثمة إخلال بالمعاهدة قد صدر عن دولة متعاقدة؛ وما إذا كان الدخول في المعاهدة يرتبط بأوضاع لم يعد لها من وجود بالنظر إلى ما طرأ من تغيير جوهري على ظروفها Fundamental Change in Circumstances؛ وما إذا كان ثمة إجراء أو إعلان قد صدر عن دولة متعاقدة، يخول السلطة الوطنية حق الرد عليها بإجراء مقابل، سواء بالامتناع عن تنفيذ المعاهدة، أو بوقفها، أو باتخاذ إجراء على خلافها<sup>(١)</sup>.

وليس لقضاء الشرعية الدستورية كذلك من شأن بقرار التحفظ على المعاهدة؛ ولا بقرار سحب؛ ولا بالشروط التي تنفق عليها دولتان متعاهدتان لتطبيق معاهدة دولية بصفة مؤقتة، سواء في كامل أجزائها أو بعضها؛ ولا بنصوص المعاهدة التي تكفل للدول الأغيار عنها، حقوقاً تمنحها لها؛ ولا بتعديل معاهدة قائمة؛ ولا بقرار الدول المتعاقدة فصل بعض أجزاء المعاهدة عن بعض؛ ولا بقرار إحداها أو بعضها إلغاء المعاهدة أو وقفها أو التخلي عنها، أو انسحابها منها. ذلك أن كل قرار من هذا القبيل يدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية، ولو كان قبول السلطة التشريعية للمعاهدة، مشروطاً بالتنفيذ بأحكامها.

٤٩٨- ويظل لقضاء الشرعية الدستورية الولاية الكاملة للتحقق من استيفاء المعاهدة للشروط الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كالتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. وهو

(١) Taylor v. Morton, 23 Fed. Case. 784 (No. 13, 799) 1855; See also Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979).

ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور مصر. ولئن خلا هذا الدستور من بيان حكم الانضمام إلى المعاهدة، إلا أن لهذا الانضمام الآثار ذاتها التي يربتها التصديق. كلاهما يخلع على المعاهدة قوة القانون وينقلها إلى القانون الداخلي بعد نشرها في الجريدة الرسمية، وذلك عملاً بنص المادة ١٥١ المشار إليها.

ومن ثم تجرد المعاهدة من قوة القانون، ولا تنفذ في النطاق الداخلي إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو كان قد صدق عليها، ولكنها لم تنشر.

ذلك إن نشر أحكامها في الجريدة الرسمية يعتبر شرطاً جوهرياً لاقتراض العلم بها، وإمكان تطبيق المحاكم الوطنية لها، وفرضها على المخاطبين بها.

ويعتبر التصديق على المعاهدة، وكذلك الانضمام إليها تعبيراً من الدولة المتعاقدة عن إرادة التقيد بالمعاهدة، ولكنهما يختلفان في أن التصديق على المعاهدة يفترض تفاوض الدول -التي تتبادل وثائق التصديق فيما بينها- على أحكام المعاهدة<sup>(١)</sup> ولا كذلك الانضمام إليها Accession إذ يصدر عن جهة في السلطة التنفيذية منحها الدستور هذا الاختصاص في شأن معاهدة لم تتفاوض عليها؛ ولم توقعها.

ومن ثم كان الانضمام إلى المعاهدة قبولاً من هذه الجهة للدعوة المفتوحة الموجهة إليها من الدول أطرافها للتقيد بأحكامها، وفق شروط هذه الدعوة ومتطلباتها التي تعيها الدول الأصلية في المعاهدة<sup>(٢)</sup>. وهي الدول التي أبرمتها ابتداءً؛ وإن كان خضوع المعاهدة لشروط الشكالية التي تطلبها الدستور فيها، شرطاً لسلامتها دستورياً.

كذلك يفرض قضاء الشرعية الدستورية رقابتهم في شأن مضمون النصوص التي حوتها المعاهدة للتحقق من موافقتها للدستور في محتواه.

(١) الأصل في القانون الخاص هو أن نحل إرادة النائب محل إرادة الأصل مني التزم النائب بتعليمات الأصل. وكان من المفترض في القانون الدولي -فيما لو أخذنا بالقاعدة السابقة- أن تعتبر المعاهدة نافذة في حق الدولة إذا أبرمها من كان يتفاوض باسمها عليها، في حدود توجيهاتها. ولكن المعمول به الآن في محيط الأسرة الدولية، هو أن التصديق اللاحق على التفاوض، يعتبر إجراءً ضرورياً لنفاذ المعاهدة.

(٢) Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157.

ومن ثم يعتبر مخالفاً للدستور، إنكار هذه النصوص للحق في التقاضي، أو لحق غير المواطنين في اقتضاء الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة التي اكتسبها هؤلاء وفق النظم القائمة؛ أو لحق المواطنين في المعاملة المتكافئة أمام القانون؛ أو الحق في بيئة خالية من ملوثاتها.

### المطلب الثامن

#### إنهاء المعاهدة

٤٩٩- الأصل أن يكون إنهاء المعاهدة باتفاق أطرافها، أو نتيجة إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالتزاماتها، أو بناء على إخطار تفصح به إحدى الدول المتعاقدة عن رغبتها في إنهاء العمل بالمعاهدة بعد فترة زمنية من اتصال هذا الإخطار بها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها إقرار المعاهدة الدولية، مقتضياً تخطياً من السلطة التشريعية، فإن رئيس الجمهورية كثيراً ما يستقل بإنهائها بعد الدخول فيها، مستنداً في ذلك إلى مسؤوليته المباشرة عن إدارة الشؤون الخارجية للدولة على ضوء ما يتلقاه من معلومات من مصادره الموثوق بها. فلا يتخذ قراراً بالدخول في المعاهدة أو بإلغائها إلا بعد تقييم الأوضاع التي تحيط بها. وعلى السلطة التشريعية بالتالي أن تقدم لرئيس الجمهورية كل دعم يقتضيه إلغاء المعاهدة تم إبرامها وفقاً للدستور، وذلك لضمان وحدة توجه الدولة في مسائل لها خطرها، ويتعين أن يكون صوتها فيها واحداً.

وقد يقال بأن تعليق إقرار المعاهدة على موافقة السلطة التشريعية، مؤداه أن يكون تخطيها مطلوباً كذلك لإنهاء العمل بها، ولو كان رئيس الجمهورية في مركز أفضل منها في مجال تقييم الآثار المترتبة على إلغائها، خاصة إذا كان للمعاهدة قوة القانون، مما يجعل حق إلغائها عملاً تشريعياً.

إلا أن التجربة العملية تدل على أن السلطة التشريعية قلما تصدر قانوناً تلغي به معاهدة نافذة. غير أنها أحياناً تتخذ موقفاً من معاهدة قائمة بما يوفر لرئيس الجمهورية إطاراً ملائماً للتدخل لإنهاء المعاهدة<sup>(١)</sup>.

(١) اتخذ الكونجرس الأمريكي قراراً مشتركاً حول رئيس الجمهورية بمقتضاه حرقى حدود سلطته التنفيذية - بل أن يخطر الحكومة البريطانية بإلغاء الحكومة الأمريكية لإتفاقية ١٨٢٧/٨/٦ المتعلقة بالاحتلال المشترك لهاتين الدولتين لإقليم أوريغون Oregon.

وقد تفوض السلطة التشريعية رئيس الجمهورية في أن يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها، فلا يكون موقفها من المعاهدة غير إذن بالتخلي عنها بدءاً من الفترة التي حددها هذا الإخطار لاتقضيائها. وقد ينازع رئيس الجمهورية في دستورية تفويض صدر عن السلطة التشريعية تكلفه به التنصل من معاهدة قائمة<sup>(١)</sup>. وقد يلغى رئيس الجمهورية معاهدة قائمة بغير الرجوع إلى السلطة التشريعية أو إلى مجلس شيوخها<sup>(٢)</sup>.

ولرئيس الجمهورية أن يقرر كذلك ما إذا كانت المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها. ذلك أن مجرد إخلال دولة متعاقدة، بالتزاماتها الناشئة عن المعاهدة، لا يلزم غيرها من الدول المتعاقدة بالتححر منها، بل لها أن تبقى نافذة في مواجهتها<sup>(٣)</sup>.

وسواء كان إنهاء المعاهدة عملاً يستقل به رئيس الجمهورية، أو يصدر في إطار توافق بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية، أو تنفرد به هذه السلطة - وهو أمر نادر - فإن إنهاء المعاهدة يظل من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية.

وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها إذا قرر رئيس الجمهورية أن المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها، رغم إخلال إحدى الدول المتعاقدة بأحكامها أو تنصلها منها. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تنازع رئيس الجمهورية في تقديره، ولا أن تفرض عليه تصورها للطريقة التي ينبغي أن يدير بها السياسة الخارجية من خلال المعاهدة الدولية التي تعتبر العنصر الحاسم في تقرير أبعادها وتطوير ملامحها. ذلك أن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون نهائياً فلا يعاق. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تتقيد به، وألا تعدّ بعمل أو إجراء يعطل إنفاذ السياسة الخارجية، أو يرهقها.

(١) كان الرئيس الأمريكي لينكولن أول رئيس أمريكي يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها معها، بغير أن يحصل على ترخيص بذلك من الكونجرس الذي صدق بعد ذلك على قراره.

(٢) ألغى الرئيس الأمريكي كلتر المعاهدة المبرمة بين الولايات المتحدة وتايوان بقرار منفرد منه. وقد أثار ذلك مناقشات مطولة داخل مجلس الشيوخ. إلا أن هذا المجلس لم يقترح ضد الإنهاء المنفرد لهذه المعاهدة حتى لا يدخل في براع مع رئيس الجمهورية.

(٣) Charlton v. Kelly, 229, U.S. 447 (1913) at 473- 476

وليس لولاية في تنظيم فيدرالي أن تعيد تشكيل هذه السياسة لتوافق مناهجها في تصرفها، وإلا كان ذلك اعتداء منها على السلطة المركزية التي تستقل بتقديرها وتقييمها ومراجعتها غير مقيدة في ذلك لا بمساتير الولايات الأعضاء في الاتحاد، ولا بتشريعاتها، ولا بأحكامها القضائية.

٥٠٠- ومن صور إنهاء المعاهدة، أن تنظم الدول أطرافها موضوعها من جديد بمعاهدة لاحقة، وذلك إذا بدا من المعاهدة لللاحقة، أو من دليل آخر، على توافق الدول أطرافها على أن تحل المعاهدة الجديدة محل القديمة، أو قام التعارض الظاهر بين نصوص المعاهدين بحيث يستحيل توفيقهما معا<sup>(١)</sup>. ولا يخل إنهاء دولة متعاقدة لمعاهدة ترتبط بها ولا تخليها عنها أو انسحابها بها منها أو وقفها لها، بولجبتها في إيفاء التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، إذا كان عليها الامتثال لها نزولا على القواعد التي ألزمها القانون الدولي بالخضوع لها استقلالا عن المعاهدة<sup>(٢)</sup>.

٥٠١- ويفترض إلغاء المعاهدة. نشونها صحيحة وفقا لقواعد القانون الدولي. ولا كذلك أن يكون إبرامها باطلا أصلا نتيجة تهديد باستعمال القوة أو استخدامها فعلا بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة؛ وكذلك إذا كان قبول إحدى الدول للمعاهدة قد نجم عن خطأ في واقعة، أو في مركز كان يفترض أن يتحقق وقت إبرامها؛ إذا كان هذا الخطأ عنصرا جوهريا في قبولها بالتقيد بأحكامها. وكما تبطل المعاهدة بالخطأ على النحو المتقدم، يبطلها كذلك كل غش أو تحايل أو إرشاء لممثل الدولة المتعاقدة بما يؤثر في إرادتها، ويحملها على القبول بالمعاهدة.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن إلغاء المعاهدة يعتبر عملا إراديا وتصرفا قانونيا يصدر بالإرادة المنفردة. ولا كذلك أن تظهر أثناء سريان المعاهدة، قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلاتها، *A new peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character* إذ يعتبر ظهور هذه القاعدة، منسجبا للمعاهدة بقدر تعارضها مع أحكامها.

(١) انظر في ذلك المادة (٥٩) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. هذا وتتمرر الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من هذه الاتفاقية، على أن إخلال طرف في معاهدة ثنائية إخلالا ماديا *A material breach* بمعاهدة قائمة، يخلو الطرف الآخر بإنهاءها، أو وقف العمل بها بصورة كلية أو جزئية.

(٢) انظر في ذلك المادة ٤٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

### المطلب التاسع

#### المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية

٥٠٢- قد تكون المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قليلة أهميتها كذلك التي تتعلق بتنظيم التجارة بين الدول بشرط التبادل، أو التي تتعلق بالخدمة البريدية فيما بينها، أو بإجراء تعديل بسيط في الحدود الإقليمية، أو بتنظيم الحماية التي تكفلها الدول المتعاقدة فيما بينها في شأن يتعلق بعلاماتها التجارية أو بحقوق مؤلفيها.

وقد ترقى المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية إلى حد النظر إليها كت تنظيم جماعي يضم دولاً عديدة، بما يشرع لها على نحو يعدل القواعد العرفية المعمول بها فيما بينها أو يبدلها بقواعد جديدة تنقضها، لتظهر المعاهدة الدولية في النهاية بوصفها تقنيناً شاملاً يحيط بالمسائل التي تتناولها ويفصل أحكامها، ويطور في مجالها من القواعد التي تقوم عليه أسرة الدول Law - making Treaty Provisions. ومن ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تنظم استغلال مصادر الثروة في قيعانها وقيعان المحيط، الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية.

ويظل محظوراً على الدول الأعضاء في الأسرة الدولية أن تنظم مسائل بعينها تمنعها من الدخول فيها قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها Jus Cogens ومن ذلك ما ينص عليه هذا القانون من حظر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة، ومن حظر الاتفاق من خلال معاهدة دولية على إتيان بعض الجرائم كجرائم الحرب وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، كجريمة الرق، وتطهير النسل عرقياً وإبادتهم بصورة جماعية؛ ومسح أديمتهم من خلال السخرة؛ وتعذيبهم بالنظر إلى آرائهم أو معتقداتهم؛ وإخفائهم عن ذويهم وحملهم على تجربة طبية أو علمية بغير رضائهم؛ وقهر إرادتهم لإكراههم على الإقرار بجريمة.

٥٠٣- وأياً كان نطاق المسائل التي تتناولها المعاهدة، فإن نفاذها مؤداه أن تنقيد الدول أطرافها بأحكامها Pacta sunt servenda وأن تعمل على تطبيقها في إطار من حسن النية<sup>(١)</sup>، وبأثر مباشر. فلا تحكم المعاهدة أفعالا سابقة عليها، ولا مراكز زال وجودها قبل سريانها ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك.

(١) المادتان ٢٦ و ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.



### المطلب العاشر

#### الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها

#### في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها

٥٠٤- تنظم الدول من خلال معاهداتها الدولية، كثيراً من الشؤون التي تعنيها وتتصل بمصالحها. ويعتبر التفاوض على المعاهدة، العملية الأكثر تعقيداً في مجال تكوينها.

يبد أن المعاهدة لا تصل إلى غايتها بمجرد التفاوض على أحكامها، ثم إبرامها فيما بين الدول أطرافها. وإنما تنفذ المعاهدة على الصعيد الدولي بشرط التصديق عليها من قبل الدول التي أبرمتها. فإن لم تكن قد وقعتها، فإن المعاهدة لا تنفذ قبلها بغير الانضمام إليها.

وقد لا تصدق الدولة على معاهدة أبرمتها، أو تترأخى فيه مدة من الزمن تطول أو تقصر، فلا تقيدها المعاهدة حتى في النطاق الدولي. ذلك أن التصديق على المعاهدة هو الإجراء الذي تدخل به أحكامها مرحلة التنفيذ. ودولها عن التصديق عليها أو أرجأه، مرده إلى مصالحها التي تزنها بالقسط على ضوء أثر المعاهدة عليها، فإذا استقر أمرها على التصديق، وتم التصديق فعلاً، فإن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دساتيرها على أن مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية، يدمجها في القوانين الوطنية ويجعلها جزءاً منها.

وليس ثمة حاجز بالتالي في هذه الدول بين سريان المعاهدة على الصعيد الدولي، والتقيّد بها في النطاق الداخلي. وتلك هي وحدة الصلة بين هذين النظامين Monisme. وهي وحدة مقتضاها أن تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص يدمجها في الأنظمة الوطنية ويلحقها بها. ذلك أن صدور هذا القانون لا يشترط في غير الدول التي تفصل بين سريان المعاهدة في النطاق الدولي، وتطبيقها في النطاق الداخلي بقانون Dualisme وتجعل هذا التطبيق موقوفاً على صدور ذلك القانون. وهو ما يحمل في ثباياه، كثيراً من المخاطر. ذلك أن المعاهدات الدولية وإن كانت أصلاً تنظم علاقات الدول فيما بينها، إلا أن التطور الراهن في مجال القانون الدولي، جعل من المعاهدات الدولية أداة للتقنين المنظور لقواعد القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان، ليس فقط من خلال بيان هذه الحقوق ورصدها، وإنما

كذلك عن طريق العمل على ضمانها فيما بين الدول المتعاقدة وفق آلية تحددها المعاهدة تكفل فعالية تنفيذها<sup>(١)</sup>. فلا يكون اقتضاء الأفراد لحقوقهم التي يبنيتها المعاهدة رهن إرادة دولهم.

ذلك أن المعاهدة التي تنظم حقوقهم وحرياتهم لا تعاملهم بوصفهم مواطنين ينتمون إلى الدولة المتعاقدة. وإنما بالنظر إلى كونهم بشرًا، وينبغي أن يعاملوا على هذا النحو. فلا تكون حقوقهم قبل هذه الدول حقوقًا هامة. بل حقوقًا نافذة تنبض الحياة فيها. وليس للدولة المتعاقدة بالتالي أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئتها، ولا أن تتكبر بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من معاهدة قبلتها، ولا أن تجعل من إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالحقوق التي كفلتها المعاهدة للأفراد، سببًا لتصلها هي منها. ذلك أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها لمجرد أن بدأ آخر لا يعطيها ما تستحقه من الاهتمام، أو لا يكفلها بصورة ملائمة، أو يعمل على نقضها<sup>(٢)</sup> أو يرهق الحصول عليها بوسائل مختلفة؛ أهمها القواعد الإجرائية المعقدة التي يحيطها بها. خاصة وأن المفاهيم التقليدية للسيادة الإقليمية، يقدها اليوم ما هو ملحوظ من تداخل مصالح الدول لا تصادمها، وتعاونها من خلال التفاوض لحل منازعاتها.

وإذا كانت المعاهدة هي الوسيلة المثلى التي تنظم الدول بسبها الإطار الملائم لعلاقتها المتبادلة، فإن تنفيذها بحسن نية يكون واجبًا. ولا يتحقق ذلك في النطاق الداخلي بغیر أعمال المعاهدة كجزء من القوانين الوطنية، فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو مما نراه الحل الأفضل للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي. إذ لا يجوز القول بمنطقتين لتنفيذ المعاهدة إحداهما على صعيد العلاقات فيما بين الدول بعضها البعض؛ وأخرها على صعيد العلاقات فيما بين الدولة المتعاقدة ومواطنيها. ذلك أن هذا الفصل غير متصور كلما كان الأفراد معنيين أصلاً بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم وخولتهم حق الانتفاع بها. إذ لو قيل بأن لكل دولة متعاقدة أن تفسر المعاهدة بالطريقة التي تراها، وأن تعطيها المعاني التي توافق مصالحها الضيقة،

(١) ومن أسف أن هذه الآلية لا تصل أبداً إلى حد إلزام الدول المتعاقدة بأن تعمل على ضمان حقوق الإنسان التي تكفلها المعاهدة. ولكنها -عن طريق اللجان التي تنشئها لمراقبة تطبيق هذه الحقوق- تقدم توصياتها إلى الدول المتعاقدة التي تلتزم بها، أو تباشر في أحسن الفروض ضغوطها عليها لتحسين وضعه حقوق الإنسان بها.

(٢) تأخذ بعض الدول كالسويد وفرنسا، الأولى بمقتضى المادة ٩٨ من دستورهما الصادر في ٢٢ يناير ٢٠٠١ والثانية بمقتضى المادة ٥٥ من دستورهما، بمبدأ نفاذ المعاهدة في الداخل بشرط تنفيذها من قبل الدولة الأخرى الطرف فيها.

وأن تقرر بنفسها شروط سريان المعاهدة في إقليمها، لصار انتفاع الأفراد بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم معلقا على إرادتها، تبسط هذه الحقوق أو تقيضها وفق ظروفها الخاصة. فلا تتوافر للسلطة القضائية -وكما ظل تنفيذ المعاهدة مترخيا على الصعيد الداخلي- المرجعية القانونية التي تعتمد عليها في إيصال الحقوق لأصحابها.

فإذا أضير الأفراد في الدول المتعاقدة من عدوان هذه الدول على تلك الحقوق، أعوزتهم الوسائل القانونية التي يردون بها هذا العدوان، فلا يحصلون على الترضية القضائية Judicial relief اللازمة لجبره. بما مؤده أن الوسائل القضائية وحدها هي التي تكفل قانونا فعالية تنفيذ المعاهدة. ذلك أن المحاكم هي التي تعطيها تفسيرا يوافق موضوعها وأهدافها، ويستخلص معانيها من دلالة ألفاظها في سياقها، وبما لا يخل بحسن النية في مجال تطبيق المعاهدة.

وكان منطقيا بالتالي أن تحرص الموائيق الدولية على حفز الدول أطرافها على اتخاذ كافة التدابير الملائمة التي تدخل بها هذه الموائيق حيز التنفيذ في كافة الأقاليم المشمولة بولايتها. ومن ذلك نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الدولية التي تكفل حماية الأفراد من كافة الأفعال المفضية إلي تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة مهينة أو قاسية أو مجردة من الخصائص الإنسانية. ذلك أن هذه الفقرة تدعو الدول المعتبرة أطرافا في هذه الاتفاقية إلى أن تعمل من خلال كافة التدابير -تشريعا وإداريا وقضائيا- على تحقيق الأغراض التي تستهدفها المعاهدة في أقاليمها. وعملا بالفقرة الأولى من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، تتعهد كل من الدول المعتبرة طرفا في هذا العهد، بأن تتخذ من جانبها -سواء من خلال جهودها الذاتية أو عن طريق تعاون دولي، وفي حدود أقصى الموارد المتاحة لها- كافة التدابير التي تكفل بصورة مطردة، المباشرة الكاملة لهذه الحقوق بما في ذلك -على الأخص- التدابير التشريعية.

وظاهر من هذه النصوص وما شابهها أنها تحرص على نقل المعاهدة الدولية من النطاق الدولي إلى النطاق الداخلي، وذلك بإلزامها الدول المتعاقدة بأن تعمل في حدود أقصى قدراتها، على اتخاذ كافة التدابير المحققة لهذا الغرض، بما في ذلك ما يكون منها من طبيعة تشريعية. والتركيز على الطبيعة التشريعية لهذه التدابير موجه بالضرورة إلى الدول التي تحلق نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي على صدور قانون خاص يمجها في نظمها الوطنية ويجعلها جزءا من تشريعاتها الداخلية.

٥٠٥- ويتعين أن يلاحظ في هذا الشأن أمران: أولهما: أن نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي، يكفل وحدة ضوابط تطبيقها بما يتفق وموضوع المعاهدة في سياق ألفاظها، وبمراعاة الفرض المقصود منها. ثانيهما: أن الطبيعة الأممية لحقوق الإنسان تقتضي حماية دولية لها. ولئن توتيت هذه الحماية ثمارها بغير تدخل الدول لضمان تنفيذ هذه الحقوق من خلال كافة الوسائل الداخلية التي تملكها، ذلك أن الحقوق التي لا نفاذ لها لا قيمة لها<sup>(١)</sup> وإنما تكمن قيمة الحقوق في طبيعتها، وفي دورها، وفي الأغراض التي تعمل على تحقيقها.

ولا يجوز بالتالي للدول الأعضاء في الأسرة الدولية، أن تعطوها مفاهيم تزيد بها من دائرة نفوذها، لتمنعها مركزاً قضائياً تلعب به على مواطنيها. وإذا كانت الميثاق الدولية لحقوق الإنسان، توفر قواعد إجرائية غير قضائية لضمانها؛ إلا أن الحماية الأفضل لهذه الحقوق، هي التي تقدمها السلطة القضائية. ذلك أن أحكامها تتمتع بخاصية التنفيذ جبراً على من يجنون قوتها. وتأتي المحكمة الدستورية العليا في مصر على قمة نظمها القضائية التي توفر لحقوق الأفراد وحرياتهم، أكثر ضماناتها حصاً وقوة. ذلك أن هذه المحكمة تميز في نطاق المعاهدة الدولية بين أمرين:

أولهما: مسائل تتعلق بالمعاهدة ولا يجوز الفصل قضائياً فيها، كذلك التي تتعلق بالتفاوض عليها وإبرامها والتصديق عليها والالتزام لها وإلغائها، على تقدير أن هذه المسائل جميعها تعتبر من المسائل السياسية لصلتها المباشرة بالكيفية التي تدبر بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

وهي علائق احتجز الدستور لها الحق في تنظيمها. بل إنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الدخول في المعاهدة معلقاً على موافقة السلطة التشريعية؛ فإن إلغائها لا يكون كذلك. وكثيراً ما توفر السلطة التشريعية بنفسها للسلطة التنفيذية الإطار الملائم لإلغاء معاهدة قائمة.

ثانيهما: مسائل تتعلق بكافة الحقوق التي تولدها المعاهدة لأطرافها ولـمواطنيها من خلال دولهم - وهذه تخضعها المحكمة الدستورية العليا لرقابتها للتحقق من تطابق المعاهدة والدستور في كافة أحكامها. ويتأخر المحكمة رقابتها هذه من خلال التحقق أولاً من استيفاء المعاهدة للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كذلك المتعلقة بإبرامها والتصديق عليها وبشرائها في الجريدة الرسمية. ذلك أن المعاهدة لا تتمتع بقوة القانون بغير استيفاء هذه الشروط الشكلية جميعها. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من الدستور.

(١) قديماً قال الخليفة العادل عمر بن الخطاب "لا تكلم بحق لا نفاذ له".

ولا يجوز بالتالي تطبيق معاهدة في النطاق الداخلي لجمهورية مصر العربية إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو صدق عليها، ولكنها لم تنشر بكافة توصيلاتها حتى يلم بها القضاة ويتولى تفسيرها وفق اجتهاده وفي حدود فهمه لها، غير مقيد في ذلك بوجهه نظر وزارة الخارجية في شأن دلالتها، وإن جاز أن يستأنس برأيها ويؤليه ما يستحق من الاعتبار. وتظل المعاهدة الدستورية للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، هي أداة لتقرير الحقوق التي أنشأتها.

٥٠٦- وهذه الحقوق هي التي تفصل المحكمة الدستورية العليا في اتفاقها أو مخالفتها للدستور، مستحينة في ذلك بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن حقوق الأفراد التي كفلتها المعاهدة لهم بوصفهم بشرًا، إما أن يكون الدستور قد نص عليها؛ وإما أن يكون الدستور قد خلا من تنظيمها.

أ- فإذا كان لحقوقهم في المعاهدة ما يقابلها من الحقوق المنصوص عليها في الدستور -كتنظيم المعاهدة والدستور معًا لحرية التعبير مثلاً- تعين الفصل في دستورية الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة وفق معايير تطبيقها في الدول الديمقراطية الأكثر تقدمًا.

فإذا كانت مستوياتها في المعاهدة أقل، أو كانت القيود عليها في المعاهدة أكبر من تلك التي تأخذ بها هذه الدول وتطبقها في العمل فيما بينها، وتتخذها قاعدة لسلوكها؛ تعين إبطال المعاهدة.

ب- أما إذا كانت حقوق الأفراد الإنسانية المنصوص عليها في المعاهدة، لا مقابل لها في الدستور. تعين أن تعمل المحكمة الدستورية على إيجاد صلة بين الحقوق المقررة بالمعاهدة وتلك المنصوص عليها بالدستور. ويقع ذلك بوسيلتين:

أولاهما: أن ترد المحكمة فروع المسائل المنصوص عليها في المعاهدة إلى أصلها المقرر بالدستور، ثم تقيسها على هذا الأصل فصلًا في دستوريته.

فإذا كانت المعاهدة مثلاً تحظر إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه، أو تمنع تعذيبه، أو ناهية عن حمله بالإكراه على الإقرار بجريمة؛ فإن أحكام المعاهدة في هذا الشأن تنفرع جميعها عن الحق في الحياة. فإذا كان الحق في الحياة مكفولاً بنص الدستور، ولا مقابل

لهذه الفروع فيه، تعين تفسيرها وحملها على أصل الحق في الحياة، فلا يكون لتلك الفروع غير معانيها المنسوبة إلى هذا الأصل.

ثانيهما: وعلى نقيض الفرض السابق، فإن المعاهدة، قد لا تحيط بفروع المسائل التي فصلها الدستور، ولكنها تتناول أصل الحق فيها، كأن تكفل المعاهدة للمخاطبين بها، الحق في حماية خواص حياتهم حتى لا ينتهكها أحد.

فإذا كان الدستور ينظم هذه الفروع، ولا يعرض لأصل الحق فيها، كما لو كفل الدستور فقط حرمة الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية، أو منع تفتيش الأشخاص أو امتعتهم أو أماكن أقامتهم بغير إذن قضائي؛ وجميعها فروع لأصل الحق في الحياة الخاصة الذي لم يعرض له الدستور<sup>(١)</sup>؛ فإن فروع المسائل المنصوص عليها في الدستور، ترد إلى أصولها في المواثيق الدولية، وإلى صور تطبيق هذه الأصول في الدول الديمقراطية الأكثر تقدماً، لتحدد على ضوء مناهجها في العمل، والضوابط التي التزمها في سلوكها؛ دستورية أحكام المعاهدة.

٢. يبقى بعد هذا فرض أخير، هو أن يتعذر ربط حقوق الأفراد المنصوص عليها في المعاهدة -سواء في أصولها أو فروعها- بالحقوق المنصوص عليها في الدستور، كما لو كانت المعاهدة تعطى المرأة الحق الكامل في إجهاض نفسها خلال فترة حملها، وأيا كان زمن الحمل، بل ولو لم تكن حماية صحتها تقتضيه.

وفي هذه الحالة تتحدد دستورية النص الوارد في المعاهدة، على ضوء مبدأ خضوع الدولة للقانون.

ويفترض هذا المبدأ خضوع الدولة بكافة تنظيماتها لقاعدة قانونية تسمو عليها وتقيدها، لا لأنها هي التي صنعتها، وإنما لأن القيم العليا تقتضيها، حتى لا تكون السلطة امتيازاً لأحد يباشرها بالطريقة التي يراها؛ وبمراعاة أن مبدأ خضوع الدولة للقانون، مبدأ شديد الاتساع، يلزمها بأن تعمل وفق ما يراه الناس في مجموعهم حقاً وعدلاً. فلا يكون العقل الجمعي غير إطرار لتحديد مفهوم مبدأ الخضوع للقانون.

(١) كذلك قد لا ينص الدستور على ضمان حرية التعبير التي كفلتها المعاهدة. وإنما يكفي بحظر مصادرة الصحف والمجلات على اختلافها ومنع مصادرتها بالطريق الإداري وإلى هذا الحظر والمبع يكون من فروع حرية التعبير التي خلا الدستور من النص عليها ولكن المعاهدة كفلتها.

### للمبحث الثالث

#### ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٥٠٧- وقضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على تطبيق المفاهيم الآتية في شأن الفصل في دستورية المعاهدة.

أولاً: أن حق التقاضي مكفول لكل فرد وطنياً كان أم أجنبياً. وهو حق لا يقتصر على النفاذ إلى محكمة أيا كان تشكيلها أو ضماناتها، وإنما إلى محكمة تكون هي للقاضي الطبيعي للنزاع المعروف عليها.

ثانياً: أن الحقوق التي اكتسبها غير المواطنين في الدولة - على ضوء نظمها - يجوز لهم حمايتها بكافة الوسائل التي تتيحها الدستور للمواطنين، وأهمها النفاذ إلى محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون، وأن تكون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها أمامها كافية لضمان محاكمة منصفة في كافة المراحل التي يستغرقها الفصل في النزاع.

ثالثاً: لا يجوز تجزئة أحكام المعاهدة بما يفصل بعض أحكامها عن بعض، ويخل بتكاملها، إلا بشرطين:

أولهما: ألا تتضمن المعاهدة من النصوص ما يدل على أن الدول المتعاقدة، قصدت إلى تطبيق المعاهدة في كامل أحكامها بوصفها كلاً غير منقسم.

ثانيهما: إذا لم يكن تطبيق الأجزاء المتبقية من المعاهدة بعد فصل بعض أجزائها عنها إذا قام الدليل على جواز هذا الفصل - مجافياً للمدالة.

رابعاً: أن الفصل في دستورية المعاهدة لا يجوز أن يستبد بصفة مطلقة، كافة العوامل السياسية التي تحيط بها. ذلك أن هذه العوامل تؤثر في العلق المباشرة وغير المباشرة فيما بين الدول بعضها البعض. ويتعين أن توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها، فلا تصد أذانها أو تغض بصرها عنها.

خامساً: أن كل تسوية ودية تكفلها معاهدة دولية للتعويض عن أعمال انتهت دولة متعاقدة في مواجهة مواطني دولة أخرى متعاقدة، يتعين النظر في دستورتها على ضوء عدالتها وإمكان

تنفيذها جبرا. وكلما كان التعويض المقرر بالمعاهدة، عن نزاع ملكيتهم، أو تأمين بعض أموالهم، أو مصادرتها أو فرض الحراسة عليها، غير عادل؛ تعين إبطال المعاهدة في أحكامها المتعلقة بمقدار التعويض الممنوح لهم. ذلك أن الدستور يكفل حرمة الملكية الخاصة، ويمنع نزاعها بغير تعويض عادل، ولا يجيز كذلك تأمين مشروع خاص بغير تعويض لا يكون متحيفا، وإن لم يكن بالضرورة كاملا.

ماباسا: أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية قائمة، يأخذ حكم التصديق عليها. ذلك أن التصديق على المعاهدة إجراء يفيد إرادة الدولة التقيد بها. وهو يقتزن غالبا بتبادل إيداع وثائق التصديق في الجهة التي عينتها المعاهدة؛ ليقيد هذا الإيداع الدولتين اللتين تبادلتهما في مواجهة بعضهما البعض.

وبذلك يغير التصديق على المعاهدة، الانضمام إليها. ذلك أن الانضمام إلى المعاهدة<sup>(١)</sup> إجراء تقبل الدولة بمقتضاه أن تكون طرفا في معاهدة وقعتها فعلا دول أخرى، ولو لم تكن المعاهدة قد دخلت بعد مرحلة التنفيذ. بما مؤداه، أن انضمام مصر إلى معاهدة قائمة، واستكمال هذه المعاهدة لشروط تنفيذها<sup>(٢)</sup>، يقيد بها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية. شأن المعاهدة التي تصنع مصر عليها، شأن المعاهدة التي تنضم إليها في نقل أحكامها إلى القانون الداخلي بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية.

مبايعا: أن قائمة الحقوق المنصوص عليها في الدستور، غير منحصرة في الحقوق التي نص الدستور عليها صراحة La liste close. ولكنها تمتد طولا وعرضا لتتحول إلى قائمة مفتوحة La liste ouverte من خلال اجتهاد المحكمة الدستورية العليا التي تطور من مضامين الحقوق المقررة في الدستور، وتزيد عليها حقوقا أخرى لا نص عليها فيه، كالحق في التنمية. وهي تربط الحقوق الجديدة التي تضيفها إلى الدستور، بالحقوق القائمة فيه حتى لا يقال بأنها تعيد كتابة الدستور Rewriting the Constitution. ويتحقق هذا الربط من خلال علاقة منطقية تقيمها

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدائمة للمعدل الدولي في عام ١٩٢٩ في شأن The Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Qder.. Ser. A. No. 23, P.20

(٢) نص هذه الشروط على ألا تدخل المعاهدة مرحلة التنفيذ إلا بعد التوقيع أو التصديق عليها من عدد محدد من

الدول تعينه المعاهدة 150 - 148 PP. Lord McNair, The Law of Treaties. Oxford 1961.



بين الحقوق الجديدة والحقوق القديمة. ومن ذلك اجتهداها بأن الحق في التنمية، يرتبط بالحق في الحياة، وبالحق في العمل وفي ضمان الوسائل الملائمة للعيش.

ثامنا: فيما عدا المعاهدات الدولية التي تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية، على وجوب موافقة السلطة التشريعية عليها قبل تبادل وثائق التصديق في شأنها -هي كل معاهدة يكون موضوعها صلحا، أو تحالفا، أو تبادلا تجاريا، أو شأننا من شئون الملاحة، أو تعديلا في إقليم الدولة، أو تقييدا لحقوق السيادة، أو تحميلا لخزانة الدولة بنفقة غير واردة في الميزانية- فإن نفاذ غيرها من المعاهدات الدولية يتحقق بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، على أن يقدم رئيس الجمهورية في شأنها بيانا مناسباً إلى مجلس الشعب، وهو ما يفترض ألا يكون هذا البيان مفصلاً لأحكامها.

وسواء تعلق الأمر بهذا النوع أو ذلك من المعاهدات الدولية، فإن اندماجها في القانون الداخلي يتحقق بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية مع خضوعها في مجال الرقابة الدستورية عليها للضوابط التي أسلفنا بيانها.

ولئن كان الدستور في مصر لم يشر إلى الانضمام إلى المعاهدة كوسيلة للتقيد بأحكامها في المجال الدولي، إلا أن لهذا الانضمام أثر التصديق تماما بلا زيادة أو نقصان. بما مؤداه أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية ونشر أحكامها في الجريدة الرسمية؛ يدمجها في القوانين الداخلية، ويجعلها جزءا منها لتحيل إليها المحاكم في كل نزاع ينطبق بتطبيق هذه المعاهدة.

تاسعا: أن حقوق الإنسان تتخطى الحدود الوطنية. وخاصيتها هذه تجعلها من طبيعة عالمية. فإذا حوتها معاهدة، فإن التراخي في التصديق عليها أو في نشرها، يعتبر موقفا سلبيا من السلطة التنفيذية، وتخلياً عن اتخاذ إجراء كان يجب عليها اتخاذه وفقا للدستور والقانون. بما يعوق حصول الأفراد على الحقوق التي يتلقونها من المعاهدة. وهو ما يثير مسئوليتها الدولية، ويحرك الآلية التي تكفلها المعاهدة لاقتضاء الحقوق المنصوص عليها فيها.

عاشرا: أن الأفراد وإن كانوا لا يستطيعون قضاء إلزام السلطة التنفيذية بالتصديق على معاهدة دولية، أو بالانضمام إلى معاهدة قائمة، أو حملها على نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية بعد التصديق عليها أو الانضمام لها؛ إلا أن كل معاهدة تدخل مصر فيها قد تقتضى حتى بعد

التصديق عليها أو الانضمام لها ثم نشرها في الجريدة الرسمية- تخلا تشريعيا. ويتحقق ذلك في كل معاهدة لا تكون نافذة بذاتها Non Self- executing Treaties.

وتعتبر المعاهدة كذلك إذا كانت تحيل إلى القانون لتنظيم الحقوق المقررة بها. إذ يعتبر تدخل المشرع عندئذ لازما لإعطاء هذه الحقوق فاعليتها. فإن لم يتدخل المشرع على هذا النحو، كان ذلك موقفا سلبيا من المشرع مخالفا للدستور. ذلك أن الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها، لا تقتصر على تلك التي يقرها المشرع، ولكنها تشمل كذلك صور الامتناع عن تنظيم الحقوق بما يكفل فعاليتها، فلا يكون تخلى المشرع عن تنظيم الحقوق التي كفلتها المعاهدة للمواطنين، إلا إغفالا من جهته يناقض الدستور<sup>(١)</sup>.

---

(١) Benedetto Conforti and Francesco Francioni, Enforcing International Human Rights in Domestic Courts. International Studies in Human Rights vol.49. Martinus Nijhoff Publishers (1977).

### الفصل السابع والعشرون

#### حدود سمو الدستور

#### Les Limites à La Suprematie De La Constitution

٥٠٨- يتميز الدستور بخصائص قد تتقارض فيما بينها، فهو من ناحية يتغيا ضمان تأسيس السلطة، واستقرار القواعد التي تعمل علي ضوئها؛ وهو من ناحية ثانية لا يكفل للقواعد التي تعمل السلطة في نطاقها، ثباتا يؤيدها. إذ يجيز تعديلها بالشروط المنصوص عليها فيه بما يخل بسيادة الدستور. كذلك فإن سمو الدستور يخل حين نقصد السلطة أساس مشروعيتها، فلا يكون الانقلاب علي الدستور، غير ضرورة حتمية. ونعرض لذلك في بحثين علي التوالي.

#### المبحث الأول

##### تعديل الدستور

٥٠٩- يفترض تعديل الدستور إمكان تغيير بعض أحكامه أو تصحيحها سواء من خلال حذفها أو الإضافة إليها أو تعديلها. ويتعين لإجراء هذا التعديل، أن يحدد الدستور بصورة قاطعة الجهة التي اختصاصها بتعديل بعض أحكامه، وكذلك الشروط الإجرائية الخاصة التي يتم التعديل في نطاقها. ويحرص الدستور علي أن يبين في آن واحد الجهة التي يكلفها بتعديل الدستور، وكذلك حدود ولايتها. ويتم التعديل بوسائل متعددة، ليس من بينها بعض صوره التي تعتبر في حقيقتها تليسا علي الدستور De véritable fraude à la constitution.

وتظهر ضرورة تعديل الدستور من زاويتين قانونية وسياسية. ذلك أن الدساتير تصدر عادة في إطار أوضاع سياسية واجتماعية قائمة عند العمل بها.

بيد أن هذه الأوضاع تقبل التطور بطبيعتها، وبالضرورة. إذ لا يتصور استقرارها علي حال واحدة لا تبديل فيها. ومن الناحية القانونية فإن الدستور إذا كان مرنا جاز تعديله وفق القواعد ذاتها التي تتولي بها السلطة التشريعية تعديل قوانينها.

وفي هذا الفرض، لا تتحقق السيادة للدستور فوق القانون، إذ هما نظيران في مرتبتيهما. فإذا كان الدستور جامدا، فإن القول بتأييد أحكامه يناقض السيادة الشعبية التي لا يتصور أن تسقط

بنفسها جققها في تعديل الدستور، وإلا كان لجيل من المواطنين أن يقيد بقوانينه أجيالا لاحقة، وهو ما لا يتصور<sup>(١)</sup>.

علي أن حق الجماهير في تعديل الدستور، لا يعني تمتعها في إجراءاته بحرية كاملة في العمل، ولا إطلاق يدها في التعديل بما يخل بالاستقرار المرجو لعملية تأسيس السلطة وبيان حدود ولايتها.

ذلك أن الجهة التي اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، لا تباشر إلا ولاية اشتقتها من السلطة الأصلية التي كان لها فضل إقرار الدستور في الصيغة التي صدر بها أصلا Pouvoir Constitué Originaire. وعليها بالتالي أن تتقيد بالشروط التي فرضتها السلطة الأصلية عليها. وهذه القيود -التي لا تخلو الدساتير في مجموعها منها- من نوعين، وذلك بالنظر إلى تعلقها بزمان وموضوع التعديل.

### المطلب الأول

#### القيود المتعلقة بزمان ونوع التعديل

٥١٠- تتوخي القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، تأخير اللحظة التي يتم فيها إجراء التعديل. ذلك أن من غير المتصور أن يتم التعديل قبل أن تتوافر للسلطات التي أحدثها الدستور فرص مباشرة المهام التي ألقاها عليها، ولا أن يقع التعديل في كل مناسبة تطرأ فيها أحداث جسام أيا كان قدر حداثتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تحيط بعض القيود بزمان تعديل الدستور. وهي قيود من نوعين: أولهما: حظر تعديل كافة نصوص الدستور أو بعضها قبل انقضاء فترة زمنية يحددها الدستور.

(١) يأخذ هذه الحقيقة الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٩٣ بقوله: "الشعب دائما الحق في أن يعيد النظر في الدستور، وفي أن يغيره، وأن يطوره. ذلك أن جيلا من الناس لا يجوز أن يقيد بتشريعاته أجيالا لاحقة.

وخطر هذا النوع من القيود يتمثل فما يؤول إليه من تجميد الدستور قبل انقضاء تلك الفترة، وإسوغ قام مسوغ يقتضي تعديل الدستور<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن تفصل بين اللحظة التي ينعقد فيها العزم على تعديل الدستور، واللحظة التي يتم فيها بالفعل؛ فترة زمنية طويلة تكون كافية لتدبر أمر التعديل، والنظر فيه من كافة جوانبه.

ونكل الخبرة العملية وحقائق التاريخ، عن أن ما تنص عليه بعض الدساتير من عدم جواز تعديلها قبل فترة زمنية معينة، كان مصادما لحقائق التطور ومقتضياتها، ولم تفلح مثل هذه النصوص في منع تعديل الدستور قبل انقضاء للفترة التي ضربتها.

ومن أمثلة النوع الأول من القيود، تلك التي تنص عليها المادة ٥ من الدستور الأمريكي التي تحظر إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨، إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى. كذلك لم يجز الدستور البرتغالي الصادر في ٢ أبريل ١٩٧٦ تعديل أحكامه قبل انقضاء خمس سنين الأولى على العمل به.

ومثال النوع الثاني من القيود ما تنص عليه المادة ١٨٩ من دستور مصر من أن تناقش السلطة التشريعية مبدأ تعديل الدستور وتصدر قرارها في شأنه بأغلبية أعضائها. فإذا كان قرارها برفض طلب تعديل الدستور، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. فإذا كان قرار السلطة التشريعية بالموافقة على مبدأ التعديل، فلا يجوز أن تناقش المواد المطلوب تعديلها، قبل شهرين من تاريخ هذه الموافقة.

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي على أن الكونجرس -بموافقة أغلبية ثلثي كل من مجلسيه- أن يقر تعديل الدستور. ويجوز كذلك تعديل الدستور بناء على طلب من ثلثي المجالس التشريعية للولايات. وفي هذه الحالة يدعو الكونجرس إلى عقد مؤتمر لاقتراح التعديل. ويستمر التعديل قد أقر وصار جزءاً من الدستور في أي من هاتين الحالتين - إذا اعتمدته ثلاثة أرباع المجالس التشريعية في الولايات، أو من خلال مؤتمرات تعقد في الولايات وتقر التعديل بالأغلبية ذاتها، وبشرط ألا يتم إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨ إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى.

### المطلب الثاني

#### القيود المتعلقة بموضوع التعديل

٥١١- ولما كان شأن القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، فإن استقراء الدساتير المعاصرة يدل على زوالها بصورة مطردة لأمرين:

أولهما: أن هذه القيود لم تحقق الأغراض المقصودة منها، بل كان لها نتائج سلبية على تطوير الدستور ليصمد للأوضاع المتغيرة في الجماعة.

ثانيهما: أن إيلاء الاعتبار للدستور القائم، لا يتحقق بالضرورة من خلال الحواجز الدستورية، خاصة بعد أن دل العمل بين الدول، على أن القيود التي تحظر تعديل مواد بذاتها في الدستور، هي التي لا تزال باقية. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ من حظر إجراء أى تعديل في الدستور يخل بتكامل الإقليم أو بالشكل الجمهوري للحكومة<sup>(١)</sup>. ومن حظر دستور مصر لعام ١٩٢٣، تعديل نظام توارث العرش.

كذلك تنص الفقرة ٣/ من المادة ٧٩ من الدستور الألماني على حظر كل تعديل لهذا الدستور يخل بالتقسيم الفيدرالى للدولة أو يؤثر في إسهام مقاطعاتها في العملية التشريعية، أو ينال من الحقوق المنصوص عليها في المواد من ١ إلى ٢٠ من الدستور.

وبدور حظر تعديل بعض مواد الدستور -وفي الأعم من الأحوال- حول ضمان بقاء شكل الدولة والطبيعة السياسية لنظامها. ويتوخى هذا الحظر صون روح الدستور من خلال الإبقاء على بعض مواد عصبية على التعديل. إلا أن الفقهاء كثيراً ما يشككون في قيمة هذه المواد، ويرونها مناقضة لحقيقة أن نصوص الدستور تتكافأ فيما بينها، وأن تقرير مراكز فضلى لبعضها على بعض، يناقض هذه الحقيقة.

(١) أضيف حظر تغيير شكل الحكومة الجمهورى بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى فرنسا فى ١٨٨٤/٨/١٤، إلى المادة ٨ من القانون الدستورى المعمول به فى ١٨٧٥/٢/٢٥. ورددت هذا الحظر بعد ذلك المادة ٩٥ من دستور ١٩٤٦ ثم تبعتها المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨. ويوجد هذا الحظر كذلك فى المادة (١١٠) من الدستور اليونانى الصادر فى ١١ يونيو ١٩٧٥.

## المطلب الثالث

## التدليس على الدستور

La fraude à la Constitution

٥١٢- ويظل ثابتاً أن تعديل الدستور لا يجوز أن يتناول غير بعض مواده. ذلك أن تعديل الدستور غير الانقضاء على أحكامه جميعها وإبدالها بغيرها. وإنما يتعلق التعديل بمواد بنواتها لم تعد موافقة لعصرها. ولا كذلك إبدال الدستور القائم بغيره إذ تتولد الجماهير مباشرة بنفسها، ولا تتولد جهة أولها الدستور لاختصاص تعديل بعض أحكامه.

ولا يجوز القول بالتالي بأن كل تعديل للدستور يتناول مواده كلها أو أغلبها، يعتبر صحيحاً بشرط التقيد بالقواعد الإجرائية التي اشترطها الدستور لإجراء التعديل.

ذلك أن الحق في تعديل الدستور يفترض أن ينحصر في نقاط فيه بعينها قام الدليل على مجافاتها لروح العصر.

وكما أن تعديل القانون غير إنهاء وجوده، فإن تعديل الدستور غير إلغاء كافة أحكامه. كذلك فإن القول بجواز أن يشمل تعديل الدستور أحكامه جميعها، يفترض أن الدستور في كل أجزائه صار عتيقاً ونيباً بغير ثمار. وهو تصور لا يتعلق بدستور صار معيباً في بعض جوانبه، وإنما بدستور صار سيكاً بكل مشتملاته. وليس ذلك تعديلاً للدستور. يؤيد هذا النظر أن التعديل الكامل للدستور لا يتوخى في حقيقة الأمر، أو على الأقل في الأعم من الأحوال، غير إبدال النظم السياسية القائمة بنظم مختلفة عنها تطل محلها وتقوم على أنقاضها. وليس ذلك غير انحراف من الجهة التي اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، عن حدود الولاية التي منحها لهاها، ومجاوزتها بالتالي الأغراض التي يفترض أن تعمل على تحقيقها، والتي تتمثل في مقابلة بعض نصوص الدستور بالأوضاع الجديدة القائمة في الجماعة، وتقويمها بما يكفل تمايشها مع هذه الأوضاع.

وليس تحول الجهة التي اختصها الدستور بالتعديل، عن غرضها الأصلي في موازنة بعض أحكامه مع حقائق جديدة تلفظ الأوضاع القديمة، غير تدليس على الدستور La Fraude à la constitution.

كذلك فإن تطل هذه الجهة من القيود الإجرائية التي فرضها الدستور عليها في مجال تعديل الدستور، يمثل انقلاباً من جهتها على سند ولايتها.

### المبحث الثاني

#### الثورة على الدستور والثورة على الثورة

٥١٣- لا تعتبر الثورة انقلاباً على الدستور ما لم تحدث تغييراً شاملاً ونهائياً في الأوضاع القائمة. وهي تلغى الدستور القائم وإلغاء واقعي De facto ولو لم يصدر عنها إعلان بذلك. بل إنها تنقض على كافة النظم السابقة عليها بوصفها نظاماً تتناقض الثورة في أهدافها وتوجهاتها. فلا نكون أمام منظومة دستورية أو قانونية تصدر الثورة عنها، وتعمل في ظلها. وإنما تكون الثورة نتاج القوة وحدها وثمرة عولصفها. ويظل بالإمكان دائماً أن تعمل الثورة في إطار القانون من خلال النظم القانونية التي تنشئها.

ويتعين في هذا المقام التمييز بين ثورة تتناقض الحرية ومفاهيم القانون، فلا يكون لها من وجود في إطار الشرعية الدستورية كالثورة الماركسية؛ وبين ثورة تعالish الآمال الوطنية وتعمل من أجل تحرير الجماهير من الاستغلال لضمان أفاق جديدة للحرية. وتكتسب هذه الثورة بالشرعية الدستورية من خلال صونها حقوق المواطنين وحرمانهم، وضمان رعايتهم العام.

ومن ثم تعتبر الثورة انقلاباً على أحكام الدستور جميعها، فلا تبقى شيئاً منها. ولا يقوم للثوار بها كجزء يردع السلطة القائمة عن انحرافها، أو بقصد تقويم أخطائها وردها إلى صوابها؛ وإنما تتوخى الثورة نقض الأوضاع القائمة، وإبدالها بنظم جديدة تصور مفهومها للتغيير. ولعلما تكون النظم الجديدة مدنية بطبيعتها.

فإذا لم توفق الثورة أوضاعها مع المفاهيم والقيم الدستورية، وظل نشاطها ومناهجها في العمل تعبيراً عن توحشها من خلال السلطة التي تستبد بها، وينقضها ما توقعه المواطنون منها؛ فإن طاعتها لا تكون واجبا عليهم، وإنما يكون لجموعهم الحق في عصيانها والتمرد عليها Le droit de resistance à l'oppression لضمان حقوقهم التي تكفلها النظم الديمقراطية. وتلك هي الثورة على الثورة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك مؤلف لأريمة من الفقهاء الفرنسيين:

Charles Debbasch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean Claude Ricci.

Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, pp. 90-96.



### الفصل الثامن والعشرون

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور

٥١٤- لم نشر الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١ إلى القوانين المكملة للدستور. ولكن دستور ١٩٧١ نص عليها في المادة ١٩٥، وجعل وجوب أخذ رأي مجلس الشورى في شأن هذه القوانين شكلية جديدة أضافها إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين بوجه عام، والتي يجب استيفائها، وإلا انعدم وجود القانون الذي أهملها لتخلف خصائص القواعد القانونية فيه منذ ميلاده.

### المبحث الأول

#### الشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور

٥١٥- تتعلق الشكلية في النصوص القانونية أصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها أثناء انعقاد السلطة التشريعية. وكذلك باختصاص رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون فيما بين أوار انعقاد السلطة التشريعية أو في حال غيابها، وفقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور.

٥١٦- والشكلية في كل صورها وتطبيقاتها، شرط لوجود النصوص القانونية. فإن لم تستوفها هذه النصوص، زال كيانها القانوني، ولم يعد لها بالتالي خصائص القواعد القانونية المجردة التي يجوز تطبيقها، وإنما تعامل كأوراق جفت منها نماء الحياة، فلا قيمة لها. ولا يجوز بعدئذ تنفيذها، ولو كان مضمونها يوافق الدستور من كل الوجوه. ذلك أن افتقار النصوص القانونية إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيما بها في ذلك الشكلية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور - بعدمها منذ إقرارها. والعدم لا تدرج فيه. وهو نقيض الوجود.

٥١٧- ولم تكن الشكلية الإضافية التي يتطلبها الدستور في القوانين المكملة للدستور - والتي تتمثل في وجوب عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيها فيها قبل أن يناقشها مجلس الشعب - مجرد إلهاء عقيم من الدستور. ذلك أن هذه القوانين لا تتعلق بغير المسائل التي يحيل الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده، أو وفق الأوضاع التي بينها، بشرط أن تكون هذه المسائل ذاتها - في طبيعتها وخصائصها - من نوع المسائل التي تدرجها الدساتير عادة في صلبها، وتألفها فسي عموم تطبيقاتها.

٥١٨- وهذان الشرطان اللذان يحيلان في تحديد مفهوم القوانين المكملة لل دستور، إلى مسائل لها من أهميتها ما جعل الدستور يقتضى تنظيما بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التى ينص عليها - وهذا هو المعيار الشكلى فى القوانين المكملة للدستور - ولها كذلك من طبيعتها ما يجعل المسائل التى تنظمها هذه القوانين، وثيقة الاتصال بقواعد الدستور لتكملها - وهذا المعيار للموضوعى فى القوانين المكملة للدستور - هذان الشرطان هما من خلق المحكمة الدستورية العليا، وساقها إليهما اجتهداها الخاص، بالرغم من غموض عبارة "القوانين المكملة للدستور، وخلص الأعمال التحضيرية للدستور مما يحدد معناها. بيد أن هذا الغموض وذلك الخلو، لم يقعدها عن أن تقرر بحكمها الصادر فى ١٥/٥/١٩٩٣ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" الحقائق الآتى بيانها:

أولاً: أن نص المادة ١٩٥ من الدستور مؤداه أن يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوباً فى المسائل التى حددتها هذه المادة حصراً -والتي يندرج تحتها كل مشروع قانون مكمل للدستور- بالنظر إلى أهميتها، ولأن ما يجمعها هو حيوية المصالح المرتبطة بها. وهى مصالح يتعين وزنها على ضوء نظرة تحليلية تحيط بها، فلا يكون النظر فيها قائماً على اندفاع التعلل، ولا مشوباً بقصور فى الرؤية الشاملة لأبعادها. وهما عيان يفترضان انتفاءهما فى مجلس الشورى الأكثر خبرة وأحد بصراً من مجلس الشعب، والأقدر كذلك على أن ينبهه إلى الآثار الواقعية والقانونية التى تحيط بكل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، فلا ينفرد مجلس الشعب بالحكم عليها، وإنما يكون تقييمها عملاً مشتركاً بين هذين المجلسين<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن عرض كل مشروع قانون مكمل للدستور على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، شكلية جوهرية لا مناص منها، ولا يجوز بالتالى إهمالها. فإذا أقر مجلس الشعب قانوناً قبل استيفاء هذه الشكلية، بطل هذا القانون منذ إقراره، بعد أن لم يعد وعاء لقواعد قانونية اكتمل تكوينها<sup>(٢)</sup>.

(١) لا ينتقد مجلس الشورى، برأى هذا المجلس فى المسائل المنصوص عليها فى المادة ١٩٥ من الدستور. وإنما يجوز أن يطرحها، وأن يقر على خلافها شأن آراء مجلس الشورى فى ذلك شأن كل الآراء الاستشارية التى لا إلزام فيها.

(٢) من المفترض أن ينلى مجلس الشورى برأيه فى كل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، قبل أن يناقشه مجلس الشعب. ومن ثم يكون إبداء الرأى سابقاً على هذه المناقشة فلا يماصرها أو يأتى بعدها.

ثالثاً: أن تحديد مفهوم القوانين المكملة للدستور، يبين لكل من مجلسي الشعب والشورى حدود الولاية التي يختص بها وفقاً للدستور، فلا تتداخل الولاياتان أو تدهم الفواصل بينهما.

رابعاً: أن عبارة "القوانين المكملة للدستور" تحمل في أعطافها عناصر تحديدها من خلال شرطين يتعين اجتماعهما معاً، حتى يصح اعتبار قانون مكمل للدستور.

أولهما: أن يكون الدستور قد نص ابتداءً في موضوع حدده، على أن يكون تنظيمه بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها. فإن هو فعل، دل ذلك على درجة الأهمية التي بلغها هذا الموضوع.

ثانيهما: أن الشرط الأول وإن كان مطلوباً وجوباً للفصل في كل نزاع يتعلق بما إذا كان القانون بعد أو لا يعتبر مكملًا للدستور؛ إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. بل يتعين لاعتبار القانون كذلك، إضافة شرط آخر إلى الشرط الأول مؤداه أن تكون المسائل التي أحال الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها، لها كذلك من طبيعتها ما يلحقها بالقواعد التي تحتضنها المساطر عادة في صلبها، فلا تتألفها<sup>(١)</sup>.

١٩٠- تلك هي القوانين المكملة للدستور التي لا تعتبر كذلك إلا باجتماع الشرطين المتقدم بيانها فيها، والقائمين على مزوجة بين عناصر شكلية وموضوعية. فلا يكون القانون مكملًا للدستور بواحد منهما دون الآخر.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٢٩٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من بين القواعد الكلية التي تتضمنها الوثائق الدستورية - على ما جاء بالحكم السابق - موضوع استقلال السلطة القضائية. ولا كذلك القانون الذي يصدر طبقاً لنص المادة ١٤٥ من الدستور التي حدد بها أحوال الفصل بغير الطريق التأديبي؛ ولا القانون الصادر في شأن المعفو الشامل إعمالاً لنص المادة ١٤٩ من الدستور، أو القانون الصادر في شأن التفتيش العامة وفقاً لنص المادة ٨١ من الدستور. وهذه الأمثلة جميعها، ضربتها المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق.

وقد رددت المحكمة الدستورية العليا حين المعيارين المتطلبين في القوانين المكملة للدستور، وذلك بحكمها الصادر في ٣ يونيو ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية "مستورية" - قاعدة رقم ٧٠ - المنشور في ص ٥٨٢ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

وفيما عدا الشككية الإضافية التي تتطلبها المادة ١٩٥ من الدستور في القوانين الكاملة للدستور، فإن هذه القوانين تأخذ في كل أحوالها حكم القوانين التي يقرها البرلمان، لتكون لها قوتها. ومن ثم تساويها في مرتبتها، فلا تدخل في منطقة وسطى بين القانون في عموم معناه، وبين الدستور. وشأن هذه الشككية الإضافية للمقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور شأن كل شككية غيرها -لما كان موقعها- تتطلبها الدستور في النصوص القانونية. ذلك أن وجود هذه النصوص ينهار بتخلفها. ولا يجوز بالتالي في مجال تطبيق كافة الأشكال التي فرضها الدستور، التمييز بين شككية ثانوية يجوز إهمالها، وبين شككية حتمية يكون طلبها لازما لا مندوباً. ذلك أن الشككية في الدستور واحدة في أهميتها وفي درجتها. ومن شأنها بطلان كل قانون يتجاهلها بأثر يلحقها منذ اللحظة التي أقرها البرلمان فيها.

### المبحث الثاني

#### التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين العضوية

٥٢٠- والبين من قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم البيان:

أولاً: أن مفهوم القوانين المكملة للدستور، لا يطابق دائرة المسائل التي ينظمها القانون بوجه عام، وإلا كان على الدستور أن يربط الشكالية الإضافية المنصوص عليها في المادة ١٩٥، بكل قانون يقره البرلمان، ولو لم يكن مكملًا للدستور. وهو ما يناقض نص هذه المادة في عبارتها ورفعها.

ثانياً: أن القوانين المكملة للدستور في مصر، لا تقابل القوانين العضوية Les lois organiques في فرنسا. ولكنهما معنيان مختلفان من كل الوجه. ذلك أن القوانين العضوية في فرنسا لا تعتبر كذلك بناء على خصائص تتوافر فيها مثلما هو الأمر في القوانين المكملة للدستور في مصر، وإنما لأن وصفها على هذا النحو مصدره الدستور الفرنسي. ولو لم يكن هذا الدستور قد أطلق عليها هذا الوصف، لتحذر تمييزها عن غيرها من القوانين<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن القوانين العضوية ليس لها قوة القوانين العادية Les lois ordinaires ولكنها تعطوها. وتظل القوانين العضوية دائماً دون الدستور في مرتبتها لتقع في منزلة وسطى بين الدستور والقوانين العادية

Un rang intermediaire entre celui de la Constitution et de la loi ordinaire.

(١) لم يكن الدستور الفرنسي لعام ١٩٨٥، هو أول دستور فرنسي يرد عبارة "القوانين العضوية" وإنما نص عليها لأول مرة- دستورها لعام ١٨٤٨ في المادة ١١٥ منه. واعترف بها كذلك دستور الجمهورية الثالثة. ثم نص عليها دستور ١٩٤٦ في الفقرة الأولى من المادة ١٦٥ منه، وكذلك في مواد ٢/٦٦، ١/٨٩. ولكن دستور ١٩٥٨ هو الذي حدد مفهوم القوانين العضوية les lois organiques بصورة لاق، وأعطاهما مكانتها المتميزة.

رابعاً: لا يجوز لغير القوانين العضوية، أن تنظم المسائل التي اختصها الدستور بها وقصرها عليها. فإذا صدر بها قانون عادي، بطل هذا القانون<sup>(١)</sup>.

خامساً: لا يجوز إصدار القوانين العضوية -وعلا بنص المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨- إذ قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفتها للدستور.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après une déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

وهو ما تؤكد كذلك المادة ١/٦١ من هذا الدستور التي تقضي بأن القوانين العضوية قبل إصدارها وكذلك اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها، يجب عرضها على المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements parlementaires avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la constitution.

سادساً: أن الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي على القوانين العضوية وإن كانت رقابة وجوبية، إلا أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يحركها. فسلما يكون إجراؤها والعا بقوة القانون أو بصفة آلية Automatique. ولا يعنى ذلك أن رئيس مجلس الوزراء بالخيار بين عرض القوانين العضوية أو عدم عرضها على المجلس الدستوري. ذلك أن إهمال عرضها مؤداه أن لا تصدر على الإطلاق. وهو ما يجعل عرض هذه القوانين على ذلك المجلس جزءاً من عناصر نظامها القانوني<sup>(٢)</sup>.

(١) ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي يفرق بين فرضين: بين قانون عادي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز لقانون عضوي. وفي هذه الحالة يبطل المجلس الدستوري هذا القانون؛ وبين قانون عضوي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز للقانون العادي. وفي هذه الحالة يكفي المجلس بإعادة ترتيب نصوص القانون العضوي، ليخرج من مجال تطبيق هذا القانون، النصوص التي يدخل تنظيمها في منطقة القانون العادي.

C.C. 86- C.C. 86- 217. D.C. , 18, Sep. 1986, p. 141.

(٢) مؤدى ذلك أنه حتى لو لم تحتم القوانين العضوية في صلبها عرضها على المجلس الدستوري إلا أن حرية رئيس مجلس الوزراء في عرضها أو التحلي عن تقديمها إلى المجلس الدستوري الفرنسي هي حرية نظرية صرفة.

خامسا: وعلى المجلس الدستوري عند الفصل في دستورية القوانين العضوية التي تعرض عليه، أن يتحقق من أن هذه القوانين أعدت وفق القواعد الإجرائية الخاصة بها؛ وأن يستوثق كذلك من أن المسائل التي يتناولها مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، مما يجوز تنظيمها بقوانين عضوية<sup>(١)</sup>؛ وأن يستظهر فضلا عما تقدم أن مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، لا يخل في محتواه بحقوق المواطنين وحرياتهم، ولا بقواعد رزمة الدستورية ومبادئها.

les règles et principes du bloc de constitutionnalité.

سادسا: تحكم القوانين العضوية، لقواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور. وعلى ضوءها، يناقش كل مشروع أو اقتراح بقانون على التوالي في مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- من أجل الوصول إلى صيغة موحدة يقبلانها. فإذا تعذر عليهما الاتفاق على هذه الصيغة الموحدة بعد قراءتين متعاقبتين، أو بعد قراءة واحدة في كل منهما في أحوال الاستعجال التي تعلنها الحكومة؛ كان لرئيس الوزراء أن يدعو لعقد لجنة مختلطة متعادلة التمثيل من أعضاء المجلسين La commission paritaire mixte، يعهد إليها باقتراح نصوص تعرض عليهما. ولا يجوز إخلال تعديل على النصوص التي تقترحها هذه اللجنة بغير موافقة الحكومة.

فإذا تعذر على أعضاء هذه اللجنة الاتفاق على صيغة موحدة للنصوص التي تقترح إقرارها، أو تعذر الحصول على موافقة مجلسي البرلمان على الصيغة الموحدة لهذه النصوص، كان على الحكومة بعد قراءة جديدة واحدة لتلك النصوص من قبل الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أن تطلب من الجمعية الوطنية أن تفصل في الأمر بصفة نهائية سواء بإقرار مشروع قانون اللجنة المختلطة أو بإقرار الجمعية الوطنية لمشروعها<sup>(٢)</sup>.

سابعا: وإذا كان نص المادة ٤٥ من الدستور يمثل الأصل في القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها عند نظر مجلسي البرلمان مشروع قانون أو اقتراح بقانون، وكان الامتثال لهذه القواعد واجبا كذلك في القوانين العضوية شأنها في الخضوع لها شأن القوانين العادية؛ إلا أن الدستور

(١) يتوخى نص المادة ٤٥ من الدستور الفرنسي عدم تحويل مجلس الشيوخ حق الاعتراض على كل مشروع قانون تترده الجمعية الوطنية بما يحدث شللا للحياة البرلمانية. كذلك فإن من بين الأغراض التي تتوخاها هذه المادة؛ أن تكون الكلمة الأخيرة في شأن القبول بالنصوص القانونية أو رفضها، للجمعية الوطنية.

اختص القوانين العضوية، بقواعد إجرائية أفردتها بها، هي تلك المنصوص عليها في المادة ٤٦ من الدستور.

وتتحصل هذه القواعد الإجرائية الخاصة فيما يأتي:

• أن القوانين العضوية لا تجوز مناقشتها ولا تعديلها قبل انقضاء ١٥ يوما على إيداع مشروع القانون أو الاقتراح بقانون الخاص بها.

• أن اتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور، وإن كان واجباً في شأن القوانين العضوية، إلا أن الجمعية الوطنية لا يجوز لها عند اختلافها مع مجلس الشيوخ في شأن مشروع القانون أو الاقتراح بقانون المعروض عليها، أن تقر هذا المشروع أو الاقتراح في القراءة الأخيرة لهما، إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها.

• أن القوانين العضوية التي تنظم شأنًا يتعلق بمجلس الشيوخ، يتعين أن يقترح مجلساً البرلمان عليها في صيغة موحدة<sup>(١)</sup>

Les lois organiques relatives au Senat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées

(١) انظر في شرح المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي مقالة للأستاذ Pierre le Mire الأستاذ في جامعة Reims نشرت في ص ٨٩٩ وما بعدها من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La Constitution de la Republic Française [Economica] و انظر في شرح المادة ٤٥ من هذا الدستور مقالة أخرى للأستاذ Leo Hamon الأستاذ بجامعة باريس (١) والوزير السابق، في ص ٨٨٨ وما بعدها من المؤلف السابق.



### الفصل التاسع والعشرون

#### الرقابة على الدستورية وضمن حرية التعاقد

##### المبحث الأول

##### حرية التعاقد بوجه عام

٥٢١- حرية التعاقد في مفهوم بعض الدساتير، من الحقوق الطبيعية A natural right التي حازها الأفراد من أجل تطوير ملكاتهم والظفر بالسعادة التي يطمحون فيها ويعملون من أجلها<sup>(١)</sup>.

وينظر إليها كثيرون على تقدير صلتها الوثيقة بحقوق الملكية، ويوجه خاص في مجال كسبها بالعقد، وكذلك على صعيد عقود العمل التي يعرض العامل فيها قوة العمل في سوق لشرائها<sup>(٢)</sup> وهي فرع من الحرية الشخصية التي لا تنحصر دلالتها في تحرير الناس لأبدانهم من القيود الحسية Physical restraints التي تنال منها كالاغتيال والسجن والتحفظ في مكان أمين، وإنما هي كذلك حق المواطنين جميعهم في استثمار قدراتهم واستعمالها بكل الطرق القانونية، وفي العمل أينما يشاءون، وفي أن يحصلوا على قوتهم من كل المصادر التي لها وجه مشروع، وأن يدخلوا بالتالي في كل العقود الملائمة والضرورية التي يكفلون بها مظاهر الحياة التي يطلبونها<sup>(٣)</sup>.

ولم يعد جائزاً على ضوء هذه المفاهيم، إجهاض حرية التعاقد، أو التخلل فيها بصورة تحكمية، ولا النظر إليها بوصفها حرية مطلقة لا قيد عليها. ذلك أن ضمان الحرية وإن اقتضى ألا تفرض عليها قيود جائرة، إلا أن الانتفاع بها لا يفترض تحصينها من القيود التي تنظمها.

ومن ثم تكون حرية التعاقد حرية موصوفة A qualified right ليس لها من نصها ما يعصمها من القيود التي تقتضيها مصلحة الجماعة وضوابط حركتها<sup>(٤)</sup> وإن كان الأصل هو

(١) Slaughter- House Cases, 83 U.S. (16 Wall) 63 (1873).

(٢) Coppage v. Kansas, 236 U.S 1. 14 (1915).

(٣) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1915).

(٤) Chicago, B& Q.R.R.V. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

ضمانها، وعدم جواز التدخل فيها إلا استثناءاً<sup>(١)</sup> حتى يتخذ الإنسان في الحياة الطرائق التي يختارها وأماكن وصور العمل التي يفضلها، ووسائل الرزق التي يستصوبها، وأن يعمل على تحقيق هذه الأغراض من خلال العقود التي يدخل فيها، وعلى تقدير أن حرية التعاقد هي إرادة الاختيار التي تبلور الشخصية الفردية وتشكلها في جوهر ملامحها، وأنها تمثل من الحرية الشخصية، ومن حقوق الملكية، أبرز سماتها<sup>(٢)</sup>

An elementary part of the rights of personal liberty and private property.

ويفترض في القبول على حرية التعاقد، أنها قيود منطقية موافقة للدستور.

A presumption of reasonableness and constitutionality.

ويظل واجباً تنفيذ العقود وفق مشتملاتها، وفي إطار من حسن النية. وبقدر تعلقها بحقوق الملكية، فإن أخذها من أصحابها بغير تعويض لا يجوز، سواء كان المدين بها فرداً أو جهازاً حكومياً.

ومما يناقض حرية التعاقد، تقرير احتكار يعطل حق الأفراد في الدخول في العيين التي ألفوها وتربوا عليها، والتي يعتمدون عليها في معاشهم. ذلك أن حد السلطة البوليسية هو معقوليتها وإنصافها. فإن لم تكن كذلك، بل كان تحكمها، وانقفاء معقوليتها وضرورتها، هو ما يتسم به موقفها من الحرية الشخصية، ومن حق الأفراد في الدخول في العقود الملائمة والضرورية، تعين الحكم بمجاوزة هذا التدخل حدود الدستور. وإذ تقضى الجهة القضائية بذلك، فإنها لا تحل تقديرها محل تقدير المشرع. ذلك أن كل إجراء مشروع يصدر في إطار السلطة البوليسية التي تتوخى حماية المواطنين في صحتهم أو غير ذلك من أوجه رعايتهم العام، لا تشملها الرقابة القضائية، ولو كان القضاء لا يميلون إلى هذا الإجراء.

(١) من بين القيود التي يجوز فرضها في نطاق حق العمل، تنظيم العمل في المناجم وحظر استخدام الأطفال في المهن الخطرة، وتحديد حد أدنى للأجور، وتحديد ساعات العمل، وتقرير حق العمال في التعويض عن إصابة العمل وحقيهم في التفاوض بصورة جماعية Collective Bargaining من أجل للحصول على شروط عمل أفضل.

(٢) Adair v. United States, 20 U.S. 161 (1908).

فإذا نقض الإجراء المتخذ، مفهوم الحرية التي ما توحى للمستور بضمانها غير تنطيمها في إطار من الشروط المنطقية والمنصفة التي يراها أوساط الناس كذلك، صار هذا الإجراء باطلاً.

والأصل في العقود هو تكافؤ مصالح أطرافها ما لم يكن العقد إدارياً متضمناً شروطاً استثنائية لا يألها الأفراد في عقود القانون الخاص، لتعبر الدولة من خلالها عن إرادة تسيير مرفق عام وفق ما تراه ملائماً من النظم؛ وإن ظل ولجبا عليها ألا تلغى عقوداً قائمة، ما لم يكن الدخول في هذه العقود منطوياً على التخطيط لجريمة، أو على وجه آخر غير مشروع كالالتدخل بغير حق في الوظيفة القضائية أو التنفيذية، أو التشريعية، أو تقييد حرية تنفق التجارة دون مقتضى<sup>(١)</sup>.

#### ويتعين دائماً أن نلاحظ:

أولاً: أن التدخل في العقود من خلال السلطة البوليسية التي تتوخى تأمين المواطنين في صحتهم وسلامتهم ورخائهم العام وضمان قيمهم الخلقية، جائز كلما كان معقولاً. وهو ما يؤكدته القضاء المقارن. بل إن مصلحة الدولة الاقتصادية، قد تبرر التدخل في بعض العقود بما يكلها.

ثانياً: وفي مجال تقييم القيود التي يجوز بوجه عام فرضها على العقود، يتعين أن ننظر إلى ما إذا كان من شأنها تحقيق غرض مشروع بوسائل منطقية. فإذا استقام أمرها على هذا النحو، تعين القول بجوازها، ولو كان من شأنها أن تؤثر -بطريق مباشر أو غير مباشر- في العقود القائمة أو تعدل بعض أحكامها.

The question is not whether the legislative action affects contracts incidentally, or directly or indirectly but whether the legislation is addressed to a legitimate end and the measures taken are reasonable and appropriate to that end

ولا كذلك أن يتدخل المشرع بصورة تصفية في العقود بما يهدر أو يقلص الحقوق التي أنشأها. إذ يعتبر هذا التدخل مخالفاً للمستور، وباطلاً. ذلك أن التدخل في العقود، لا يجوز ما لم يكن معقولاً، شأن العقود في ذلك شأن الوسائل القانونية السليمة التي تمثل المعقولة جوهرها.

(١) Atlantic Coast line R.Co.V.Goldsboro, 232 U.S. 548 (1914).

ثالثاً: أن الطعن قضائياً في العقود التي دخل الشخص فيها، يخول الجهة القضائية الفصل في صحتها ثم تحديد ما إذا كان المشرع قد تدخل فيها بصورة غير منطقية، ليصير هذا التدخل غير مشروع ولو تذرع المشرع بالسلطة البوليسية التي لا يجوز استعمالها في غير الأغراض التي رصدها الدستور عليها، والتي لا يندرج تحتها أن يخفى المشرع وراء هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع<sup>(١)</sup>، أو لتحقيق غرض مشروع بوسائل غير منطقية. ذلك أن معقولة التدخل في العقود يفترض أن يكون هذا التدخل جائزاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ملائماً، وواقعاً في المجال الطبيعي لمباشرة السلطة البوليسية منظوراً في تحديد مداها إلى نطاق الآثار التي ترتبها التدخل في العقود على حقوق أطرافها.

ولا يجوز بالتالي للجهة القضائية -في مجال تقييمها للتدابير السلمية التي تتخذها السلطة البوليسية- أن تستعاض هذه الجهة عن تقدير المشرع بتقديرها، ولو كان تقديرها أفضل من وجهة نظرها<sup>(٢)</sup>.

٥٢٢- وكلما تدخل المشرع بالنصوص القانونية التي أقرها لتحقيق غرض مشروع يرتبط عقلاً بها، تعين أن تعامل هذه النصوص بافتراض صحتها، ولو وجد تنظيم أو تصور آخر أفضل منها، وأعرق حكمة مقارناً بها.

٥٢٣- ولئن جاز القول بأن الأصل في السلطة البوليسية هو إطلاقها بشرط تقيدتها بالضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، وكان ضمان حرية التعاقد لتكفل للناس جميعهم صحتهم وسكينتهم وأمنهم العام -بما في ذلك صون أخلاقهم- مؤداه أن ضمان حرية التعاقد في نطاق الشروط المنطقية للوسائل القانونية السلمية -ما كان منها موضوعاً أو إجرائياً- يعتبر من ضوابط الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، فقد تعين إبطال كل قانون يحظر على بعض المواطنين -دون موعود محمول- مباشرة ما هو مشروع -من صور النشاط التي يريدون الدخول فيها، ولو كانوا قد هجروها من قبل<sup>(٣)</sup>.

(١) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

(٢) Advance-Rumely Thresher Co. v. Jackson, 287 U.S. 283 (1932).

(٣) تقييد الحقوق الناشئة عن العقد، حقوق ملكية. وكما أن الملكية لا يجوز أخذها بغير تعويض، فإن الالتزامات العقيدية لا يجوز الإخلال بها بغير تعويض، سواء كتلت الدولة أو الفرد طرفاً في العقد.

Lynch v. United States, 292 U.S. 571 (1934).

ذلك أن صور النشاط هذه، تقارن حقوق الملكية التي تتمتع بها. بما مـؤداه أن الوسائل القانونية السليمة، هي التي تكون كذلك بالنظر إلى خصائصها ومكوناتها. ولا شأن لها بما يراه المشرع مندرجا تحتها أو ولقما في إطارها.

٥٢٤- على أن حرية التعاقد مع أهميتها لا تقبل الإطلاق، بل يجوز تقييدها بما لا ينال من أصل الحق فيها. فلا تنطلق هذه الحرية لتحطم كوابحها، وإنما يجوز تنظيمها. فليس ثمة حرية للفرد في أن يتعاقد بالطريقة التي يختارها، وبالشروط التي يرتضيها، ولو ناقض بها قيم الجماعة وثوابتها. وإنما الحرية في حقيقتها، يناسبها تجردها من القيود الجائرة على ممارستها<sup>(١)</sup>.

Liberty implies the absence of arbitrary restraints, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of community.

وليس لأحد بالتالي أن يعتصم بحرية يدعيها ليناهض بها قيودا منطقية يفرضها المشرع عليها لضمان مصالح الجماعة في أشكالها المتجددة والمتطورة<sup>(٢)</sup>. ذلك أن معقولة هذه القيود تفترض Presumption of reasonableness .

٥٢٥- ولا ينال ما تقدم، من حقيقة أن حرية التعاقد تتمحض تعبيرا عن إرادة الاختيار التي تعتبر جزءا من أهمية الفرد، فلا تتفصل عنها. ومن ثم تعتبر القيود عليها - بالضرورة - من طبيعة استثنائية، تقدر بقدر الضرورة التي أملتها. وهذه الطبيعة الاستثنائية للقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعاقد مردها أن الدستور وإن كان يكتل الحرية الشخصية، ويمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية والإجرائية، إلا أن الحرية التي يصونها الدستور، هي التي تقع في إطار تنظيم اجتماعي يقتضي من المشرع أن يتدخل بقدر الضرورة وفي حدودها. وكلما كان تنظيم القانون لهذه الحرية مبررا من خلال مضمون المعاملات التي يوجهها، وعن طريق نوع المصالح التي يحميها، فإن القيود التي حد بها المشرع من الحرية الشخصية بوجه عام، تحكم العقود كذلك بوجه خاص.

(١) انظر في ذلك:

Chicago, B. and Q.R.R. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

(٢) O' Gorman and Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co. 282 U.S. 251 (1931).

وهذا يعني أن معقولة التقيود التي يفرضها المشرع على العقود، تفترض.

ويجوز بالتالي أن يفرض المشرع حدا أدنى من الأجور لمصلحة المرأة كي يكفل لها الوسائل الضرورية لعيشها، وأن يساويها كذلك بالرجل في الأجور التي يحصل عليها، فلا يستغلها رجال الأعمال انتهازا منهم لضعفها؛ ولا يجورون على حاجتها إلى الأجر العادل الموازن لجهدا. كذلك لا يجوز إنكار حق المرأة ولاحق الرجل في العمل بناء على مجرد انضمام أيهما إلى أية منظمة نقابية، ولا حرمان غير المنتمين إليها من هذا الحق. ذلك أن هذا الإنكار لا يجوز أن يكون غاية تلتمسها النصوص القانونية، ولا أن تعمل لتحقيقها.

كذلك فإن فرض قيود على المرأة في مجال حرية التعاقد تزيد عن تلك التي يقضيها المشرع من الرجل في الأوضاع ذاتها التي لا تغاير في ظروفها، موداه أن يكون القانون الصادر في هذا الشأن، قائما على تمييز غير مبرر ومخالفا للمستور.

٥٢٦- ولئن كان اتصال حرية التعاقد بالحرية الشخصية بوصفها جزءا من مكوناتها، من الأمور المقطوع بها، فإن صلتها الوثيقة بالحق في الملكية لا نزاع فيها، بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، وهي حقوق تنحل إلى قيم مالية يحميها الحق في الملكية الفردية التي تمتد إلى الحقوق جميعها الشخصية منها والعينية وإلى حقوق الملكية الأبدية والعينية والصناعية.

ويتعين بالتالي النظر إلى العقود -حال صحتها- باعتبارها من الأموال التي تشملها الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة، على أن يكون مفهوما أن حرية التعاقد، وما يتصل بها من الحق في الملكية، لا تعنيان تكافؤا في الثروة، ولا تقاربا في الدخول. ذلك أن الناس لا يتماثلون في ثرواتهم، إلا إذا كانوا يملكون مصادرها على الشئوع فيما بينهم، وبحصص متساوية.

٥٢٧- وليس للدولة في العقود التي تدخل فيها مع الأفراد مركزا تعلو به عليهم، ما لم يكن العقد إداريا في الدول التي تقيم نظاما قانونيا متميزا لهذا النوع من العقود تخرج به عن عقود القانون الخاص التي تتكافأ فيها مصالح أطرافها. ذلك أن الأصل في العقود، هي امتناع تحوير الحقوق التي تنشأ ما لم يكن ذلك بناء على اتفاق بين أطرافها أو نزولا على حكم القانون، لضمان مصلحة يتوخاها المشرع، كذلك التي تتصل بأعراض الناس وبصحتهم أو بسلامتهم أو برخائهم العام.

وجاز بالتالي إبطال بعض العقود، كلما كان ذلك ضروريا لحماية مصلحة لها اعتبارها، كإصدار العقود المحتبرة حلقة في الجريمة المنظمة، أو التي تتدخل بصورة غير ملائمة في الوظيفة التشريعية أو القضائية أو الإدارية، أو التي تنفذ من تدفق التجارة<sup>(١)</sup>.

٥٢٨- علي أن للتدخل في حرية التعاقد بما يقوض أسسها أو يطل آثارها، وإن كان لا يجوز تشريعا في غير ضرورة، إلا أن السلطة القضائية بوسعها أن تزيل آثار عقد قائم، ولو بالترجي، إذا كان هذا العقد باطلا منذ ميلاده<sup>(٢)</sup>.

ولها بالتالي أن تحيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها حين الدخول في العقد. ولا يعتبر ذلك منها تخلفا في حرية التعاقد، بل جزءا على مخالفة العقد لقاعدة أمرة لا يجوز إهدارها.

ذلك أن الحماية التي يكفلها الدستور للعقود بوصفها فيما مالية، شرطها صحتها، وانفاؤها في القواعد التي تقوم عليها مع الحقوق الثابتة للدولة في نطاق سلطاتها البوليسية التي لا يجوز التفاوض عليها، كالحق في صون القيم الخفية لمجتمعها، فلا يكون من شأن حرية التعاقد ذلك، ولا لشرط الرسائل القانونية السليمة، تعطيل حق الدولة أو إعاقته عن مباشرة سلطاتها البوليسية التي تؤمن من خلالها -وبالنصوص القانونية أحيانا- مصالح عريضة في قساعها، خطيرة في أهميتها وضرورتها لصلتها الوثقي بأمن الجماعة وصون هدونها ورلحتها ورخاها وأدائها ونظامها العام.

بل إن المصلحة الاقتصادية للدولة قد تبرر تدخلها في عقود قائمة، كلما كان هذا التدخل منطقيا.

٥٢٩- ويظل من حق المشرع أن يغير من أشكال الحماية التي يكفلها للعقود السليمة، وأن يعدل بالتالي من الترضية التي أحاط بها هذه العقود كجزاء على إخلال أحد أطرافها بالترام نشأ عنها؛ إلا أن شرط ذلك أن تكون الحدود الجديدة لهذه الترضية ملائمة. فإذا تدخل المشرع فيها على نحو يشوهها أو يقوض عناصرها، ويغير أن يحل محلها بديلا ملائما يكفل جبر الأضرار الناجمة عن الخطأ في تنفيذ العقد، كان ذلك إخلالا من المشرع بحرية التعاقد مخالفا للمستور. وهو

(١) Tawney v. Mutual system of Maryland (1946) 186 Md 508. 47 A 2 d 372

(٢) Central land Co. v. Laidley. 159 U.S. 103 (1895)

ما يتحقق ذلك كلما جرد المشرع المتعاقد الحريص على إنفاذ عقده، من الوسائل العملية والفعالة التي يؤمن من خلالها، حماية العقد عن طريق إعمال بنوده.

ذلك أن حرية التعاقد، تفرض تنفيذ العقود وفق مشتملاتها وفي إطار من حسن النية، وعن طريق نرضية ملائمة يفرضها المشرع كجزاء عن الإخلال بأحكامها، بشرط أن يكون بإمكان الدائن أن يقتضيها جبرا من المدين. ولا كذلك أن يتدخل المشرع في النرضية القائمة ليعدل من جوهر خصائصها إلى حد يصل إلى فحواها أو أضعافها إلى حد كبير وعلى الأخص إذا ربط المشرع الحصول عليها بشروط ترفها.

ويظل دقيقا، الخط الفاصل بين النرضية الملائمة التي يجوز القبول بها، والنرضية التي يعدل بها المشرع من نرضية قائمة بما يقوض الحقوق الجوهرية التي أنشأها العقد؛ وإن تعين النظر في كل حالة على حدة على ضوء ظروفها وأوضاعها الخاصة، وبمراعاة أن للنرضية الملائمة هي الكافية في إنصافها ومعقوليتها<sup>(١)</sup>.

٥٣٠- على أن تعديل الدولة وفق ضوابط منطقية لشروط النرضية التي تجبر الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، لا يسقط عنها واجبها في ضمان تنفيذ العقود، خاصة تلك التي تكون هي طرفا فيها<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الإخلال بها يقوض حرية التعاقد ويهدم أساسها، فلا تتكامل للعقود أجزاؤها. بل إن تدخل المشرع فيها ليحول دون تنفيذها، يخل -دون ما ضرورة- بالحقوق القائمة لأطرافها، من جهة إهدار المشرع للحقوق المالية التي أنشأها العقد والتي عول المتعاقدون عليها في إطار النظم القانونية القائمة. ومن ثم تفترض مخالفة هذا القانون للدستور.

٥٣١- ويظل الأصل هو حظر التدخل في العقود لتقويض بنيانها سواء كان هذا التدخل مباشرا أو غير مباشر - ما لم يكن هذا التدخل قد تم بصورة استثنائية، ومبرر لمصلحة قاهرة يقوم

(١) Richmond Mortg. v. Wachovia Bank, 300 U.S. 124 (1937).

(٢) لا يستبر اسناد وظيفة إلى القائم بالعمل العام، عقدا

Dodge v. Board of Education, 302 U.S. 74 (1937).

فالتين يمينون في وظيفة عامة لا يملكونها، لا هي، ولا الحقوق التي تنزع عنها، ما لم تكن من الحقوق المكتسبة.



الدليل عليها، وبشرط أن تكون التدابير الواقعة في نطاق هذا التدخل ملائمة، وأن ترتبط عقلا  
 بوعاء هذه المصلحة ومتطلباتها<sup>(١)</sup>.

---

(١) Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

### المبحث الثاني

#### قضاء المحكمة الدستورية العليا

##### في شأن حرية التعاقد<sup>(١)</sup>

٥٣٢- وترد المحكمة الدستورية العليا -في قضاء متواتر- حرية التعاقد، إلى الحرية الشخصية، وتنتظر إليها باعتبارها من فروعها ونواتجها، فلا تكون إلا من فيضها، حتى لتدخل في عموم معناها. وهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية بالنظر إلى الحقوق ترتبها العقود فيما بين أطرافها.

فضلا عن أن الحرية الشخصية -وما يتصل بها من إرادة الاختيار، وعلي ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

وفي هذا الإطار تقرر المحكمة الدستورية العليا، المبادئ الآتي بيانها:

أولاً: أن ضمان الحرية الشخصية لا يقتصر على تأمينها ضد صور العدوان على البسند، وإنما هي صمام أمن كذلك ينسحب إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائنات يحمل على ما يرضاه، بل بشرا سويا.

بيد أن حرية التعاقد هذه -التي تعتبر في القضاء المعقلن حقا طبيعيا لازما لكل إنسان تطورا لإرادة الخلق والإبداع؛ وانحيازاً لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئنانا

(١) انظر في ذلك القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- لمساعدة رقم ٤٤ -ص

٦٧١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٧ قضائية -جلسة

١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية

دستورية -جلسة ١١/١٥ - ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ ص ٩٣٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩١ -قاعدة رقم ٦٥ -ص

٩٥٣ من الجزء الثامن؛ وكذلك حكمها رقم ٥٩ -ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك حكمها في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية دستورية -جلسة ٢٠٠٠/٣/٤ -قاعدة رقم ٦٠

-ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكامها.

لغده- يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفقا لأسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان.

فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقا موصوفا A qualified right. ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسحابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها. وإنما يندبها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمرداها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها، بين مروفتها مما يحد من انتفاعها، ورداها إلى ضوابط لا يملها التحكم.

وفي إطار هذا للتوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع على الحرية الشخصية. ذلك أن هذه الحرية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريا لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتضى.

ولا تنفد حرية التعاقد بالتالي، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام.

وقد يورد المشرع في شأن العقود -حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص- قيودا يرعى على ضوئها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها. وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية بنص عليها. وقد يعيد إلى العقود، تولنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها محورا من التزاماتها اقتصاديا لمن دخلوا إليها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل. ولازال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعيا ثابتا Contracts Collectifs كذلك التي تتضمن تنظيمها نقابيا، بما مؤدها أن للمشرع أن يرسم للإرادة حدودا لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعا في إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها، بدواعي العلل وحقائق المصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد -محددة على ضوء هذا المفهوم- حقا مطلقا، بل موصوفا. فليس إطلاق هذه الحرية وإغلاؤها من كل قيد، بجائز قانونا، وإلا آل أمرها سرايا أو انفلاتا<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ - حتى ٦٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وانظر كذلك القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

Freedom of Contract is a qualified and not an absolute right. There is no absolute freedom to do as one wills, or to contract as one chooses.

وما تقدم مؤداه، أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائزة Arbitrary restraints وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تلك هي النظرة الكلية لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد. ولكن المحكمة لا تقعد باجتهادها عند حدود هذه النظرة الكلية، ولكنها تفصلها وتعمقها بقولها:

إن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية؛ إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أي كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم أدائها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها؛ أو التي تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوقها المفتوحة؛ وكانت السلطة التشريعية وإن ساغ لها استثناء أن تتناول أنواعاً من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم أمر يكون مستندا إلى مصلحة مشروعة؛ إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملاً في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافتها؛ إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بوعاى العدل وبحقائق الصالح العام - لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها؛ ومحوا كاملاً للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٦، ٧٧٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: وتمضي المحكمة الدستورية العليا في بيان الآثار القانونية لحرية التعاقد ليس فقط في صلتها بالمواطنين، بل كذلك من خلال تطبيقاتها في علاقة قانونية يكون طرفها أجنبياً. وتقول في ذلك:

إن التطور الراهن لحقوق الإنسان الأساسية، جعل منها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها. فلا يجوز التمييز غير المبرر في مجال مباشرتها، ولو كان من يطلبها أجنبياً.

وصار ثابتاً كذلك أن المعايير الدولية لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحداً، أن ينال من الحقوق التي تمارنها سواء بمحوها أو بإيراد قيود عليها تزيد عن تلك التي ترضيها الدول الديمقراطية. ذلك أن الحرية الشخصية، وما يتصل بها من إرادة الاختيار -و على ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لفرد المواطن الذي يملكون في نطاق الأعمال التي خولهم المشرع حق تصنيفها - حق اختيار وكلاء عنهم يديرونها لحسابهم وفق الشروط التي يرونها أكثر لمصالحهم. فإذا حرمهم المشرع من هذا الحق، أخل بالحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة بنص المادتين ٣٢ و ٣٤<sup>(١)</sup>.

رابعاً: وتكفل المحكمة الدستورية العليا كذلك حرية اختيار الزوج، والدخول في علاقة زوجية يتوافق أطرافها عليها من خلال العقد. وهي تؤسس حكمها في ذلك على الدعائم الآتية ببيانها<sup>(٢)</sup>:

\* أن الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها، إذ هي محورها وقاعدة بنيانها. ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيبتها، ومن بينها الحق في الزواج لتكوين أسرة لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٢/١٨ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس.

أن الزوجين يمتزجان في وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نمائها. وإذا كان الزواج -في مضمونه وممراته- عقيدة لا تنقسم عراها، أو تهن صلابتها، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديمها؛ فإن التدخل تشريعا في هذه العلاقة للحد من فرص الاختيار التي تنشأ، لا يجوز لغير مصلحة جوهرية تسوغ بموجباتها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهجم خصائصها.

\* أن الحق في اختيار الزوج وثيق الاتصال بخواص الحياة العائلية، ومستحيل أن يكون واقعا وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها. وهو كذلك من العناصر التي تتكامل بها شخصية الفرد، ويكفل من خلالها تحقيق إرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاته، ليحدد ملامح توجهاته التي يستل بتشكيلها. ولا يدعو إنكاره أن يكون إخلالا بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وبشروط الوسائل القانونية السليمة.

\* أن الدستور وإن لم ينص على الزواج كحق، إلا أن كثيرا من الحقوق التي لا نص عليها فيه، تعتبر من فيض النصوص التي قننها. وعلى ضوء هذا الاعتبار، يعتبر الحق في اختيار الزوج، مشمولا بالحماية التي يكفلها الدستور لحرمة الحياة الخاصة، ومتصلا كذلك بحق كل شخص في تكوين الأسرة التي يصطفها، وأن يتخذ ولدا من خلال زواج باعتباره العلاقة الزوجية الوحيدة التي لا يوجد الولد إلا في إطارها.

خامسا: وتؤكد المحكمة الدستورية العليا بعبارة باترة، أن العقود التي يقيمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيها المشرع، ولو عارضتها مصلحة أيا كان وزنها(١).

سادسا: وتعرض المحكمة الدستورية العليا لحرية التعاقد في واحد من أخطر تطبيقاتها ممثلا في العلاقة الإيجارية التي تبلور النصوص القانونية التي تحكمها، اتجاها عاما ببناء المشرع ربحا طويلا من الزمن في إطار من مفاهيم جائرة ما برح المستأجرون على ضوئها، يرجحون مصالحهم على مؤجرين أضمر المشرع بحقوقهم، مبتكرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال.

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جملة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤ -ص ٩٣٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

\* ففي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية<sup>(١)</sup> بجلستها المعقودة في ١٥/١١/١٩٩٧<sup>(٢)</sup>، تقرر المحكمة أن حق المستأجر لزال حقا شخصيا مقصورا على استعمال عين بذاتها في المنفعة المرصودة عليها، فلا يمتد هذا الحق إلى استغلالها إذا منعها أصحابها عن مستأجرين من خلال شرط اتصل بإجارة أبر موها معهم صريحا كان هذا الشرط أم ضمنيا.

فإذا خول المشرع -وبناء على قاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها- الحق في التأجير المفروش لكل مستأجر في الأحوال التي حددها، صار منتها حق من يملكون الأعيان المؤجرة في ألا يتولى آخرون سلطة استغلالها بغير إذن منهم. وفي ذلك عدول على الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية في صحيح بنائها - بفواتها، فلا تكون الإجارة إلا إملاء يناقض أسسها.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية بجلستها المعقودة في ٤/١٠/١٩٩٧<sup>(٣)</sup>، تقرر هذه المحكمة، أن حرية التعاقد والحق في الملكية من الحقوق التي كفلها الدستور، وأن الأصل في الروابط الإيجابية، أن الإرادة هي التي تنشئها، فإذا جردها المشرع من كل دور في مجال تكوين هذه الروابط وتحديد آثارها، كان تنظيمها أمرا منافيا لطبيعتها.

ولئن جاز القول بأن القيود التي فرضها المشرع على الإجارة، قد اقتضت أزمة الإسكان وحدة ضغوطها، وضرورة التدخل لمواجهةها بتدابير استثنائية تعتبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها؛ وكان هذا التنظيم الخاص قد أصابها في كثير من جوانبها، مقيدا عمل الإرادة في مجالها - وعلى الأخص في مجال تحديد مقدار الأجرة وامتداد الإجارة بقوة القانون - إلا أن الإجارة تظل - حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص - تصرفا قانونيا ناشئا عن حرية التعاقد التي أهدرتها النصوص القانونية المطعون عليها من خلال إنفاذها - بقوة القانون - تبادل الأعيان السكنية المؤجرة في البلد الواحد - بين مستأجر وآخر، في الأحوال التي تبينها السلطة التنفيذية ووفق الضوابط التي تضعها، فلا تكون الإجارة - على النحو المتقدم - عقدا يقوم على التراضي، بل إملاء يناقض أسسها ويقوضها.

(١) ص ٩٥٤ من الجزء الثامن.

(٢) ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

\* وتأتي المحكمة الدستورية العليا بقاعدة جوهرية تؤكد بها أن التدابير الاستثنائية التي تحكم العلاقات الإجارية، لا يجوز أن تبقى أبداً على حالها، ولا أن تكون حلاً نهائياً لمشكلاتها، وأن التوازن في هذه العلاقات، ينبغي أن يكون قاعدة بنائها، فلا ينقض المشرع إطار هذا التوازن لمصلحة أحد أطرافها، مجانباً في ذلك حدود الاعتدال.

وهي تؤكد هذه المعاني بتقريراتها القاطعة والمباشرة التي تقول فيها بأن التدابير الاستثنائية التي فرضها المشرع للحد من غلاء أزمة الإسكان، وإن آل أمرها إلى اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها مع تطبيقها بالنظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها، إلا أن تطبيق هذه التدابير الاستثنائية يظل مرتبطاً بالضرورة التي أملت بها بوصفها باعها وإطارها. وما كان لسريانها بالتالي أن يفصل عن مبرراتها، ولا أن يزيد على قدر هذه الضرورة.

ولا يجوز بالتالي أن تعتبر هذه التدابير التي تدخل بها المشرع في العلاقات الإجارية من أجل ضبطها، حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها، فلا يتحول المشرع عنها، بل عليه أن يعود للنظر فيها، وأن يعدل عنها عند زوال مبرراتها، وأن تُلغى هذه التدابير عندئذ مكانها حرية التعاقد بوصفها الأصل في العقود جميعها.

وكما قدر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التي كان قد فرضها في شأن الأعيان المؤجرة، دل ذلك على أن الاتفاق صار مهيمناً على شروط التعاقد. وهو اتفاق يكفي لاثمقاده أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين<sup>(١)</sup>.

\* وتفصل المحكمة الدستورية العليا حدود الضرورة الاجتماعية للتدابير الاستثنائية في العلاقات الإجارية بقولها إن استلاب أموال الناس لا يتصور أن يكون حقاً لأحد، ولا أن تتقور الضرورة بعيداً عن حقيقتها.

فإذا أعاد المشرع العلاقات الإجارية إلى الأصل فيها بعد أن اختل التوازن بين أطرافها اختلالاً جسيماً، وغدا تنظمها الاستثنائي منافية لطبيعتها، متغولاً حدود التضامن الاجتماعي التي

(١) القضية رقم ٧٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٣١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.



كفلتها المادة ٧ من الدستور، فإن عمل المشرع -وقد رد به الحقوق لأصحابها، وأقام ميزانها عدلا وإنصافا- لا يكون مخالفا للدستور.

• وتقيم المحكمة الدستورية العليا دعائم قضائها في شأن التوازن في العلق الإلجارية علي أن الطبيعة الاستثنائية للقوانين التي درج المشرع علي تنظيم هذه العلق من خللها، لا تعصمها من الرقابة القضائية علي الشرعية الدستورية، ذلك أن هذه القوانين حتى مع اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، مناطها الضرورة الموجهة لهذا التنظيم الخاص.

ومن ثم تكور معها وجودا وعدما تلك القيود التي ترتبط بها، وترتك إليها، باعتبارها مناط مشروعيتها. ويتعين بالتالي أن يقرر المشرع في مجال تنظيم العلق الإلجارية، من النصوص ما يكون كافلا للتوازن بين أطرافها، علي أن يكون هذا التوازن حقيقيا لا صوريا، ولقما لا منتحلا أو سرابا، وأن يبلور التوازن في هذه العلق حقيقة قانونية لا معارة فيها، لضمان أن يكون التنظيم التشريعي لحقوق المؤجرين والمستأجرين في دائرة هذا التوازن، منصفا لا متحيفا، متعقبا الحقائق الموضوعية، وليس متطفا بأهلبها الشكلية.

ولا يجوز بالتالي أن يحل المشرع من إطار العلق الإلجارية بما يمثل افتتكا على حقوق أحد أطرافها، أو إنحرافا عن ضوابط ممارستها، وإلا آل أمر النصوص التي أقرها إلي البطلان<sup>(١)</sup>.

• وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك أن حق مستأجر العين في استعمالها مصدره العقد دائما، ولا زال حقا شخصا لا عينيا ينحل إلي سلطة مباشرة علي العين المؤجرة ذاتها بمارسها مستأجرا دون تدخل من المؤجر. فإذا تخلف المستأجر عن العين وتركها، زيلته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع لحمايته، ولم يعد لأحد إحياء حق في شغلها بعد أن صار هذا الحق منعدما. ولا يجوز في أية حال أن ينحدر المشرع بحقوق المؤجر إلي مرتبة الحقوق محدودة الأهمية، مرجحا عليها مصالح لا تدانيها، ولا تقوم إلي جانبها أو تنكافأ معها، ومآل حمايتها حرمان مؤجر العين منها حرمانا مؤبدا ترتبها علي انتقال منفعتها إلي الغير انتقالا متتابعيا متصلا في أغوار الزمن.

(١) القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وهو بعد انتقال لا يعتد بإرادة المؤجر في معذنها الحقيقي، بل يقوم في صورته الأكثر شيوعاً على التحايل على القانون، والتلبس على المؤجر، وهو ما يعد التواء بالإجارة عن حقيقة مقاصدها، وإهداراً لتوازن لا يجوز أن يختل بين أطرافها، وإقحاماً لغرباء عليها انحرافاً عن الحق، ونكولاً عن الصالح العام.

وكما ألحق المشرع بالمؤجر وحده الضرر البين للفاحش، وقرر معاملة تفضيلية لأقرباء المستأجر الأصلي اختصهم بها دون مسوغ، واصطفاهم من خلالها في غير ضرورة، فإنه بذلك يكون قد قدم بذلك المنفعة المجلوبة على مخاطر يتعين توقي سوءاتها ودرء أضرارها، حال أن دفع المضرة أولى، وعلى الأخص من خلال توازن في العلائق الإجارية يكون كافلاً مصالح أطرافها، غير مؤد إلي تنافرها<sup>(١)</sup>.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" بجلستها المعقودة في أول يناير ١٩٩٤<sup>(٢)</sup>. تقرر المحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه المشرع<sup>(٣)</sup> من أن الأسبق إلى شراء وحدة من مالكيها، ولو لم يكن قد سجل عقد شرائه لها، هو الأجنبي بالحماية القانونية ممن ابتاعها مرة ثانية؛ لا مخالفة فيه للدستور. ذلك أن المشرع توخى بذلك أن يبطل كل بيع لاحق لعقد شرائها الأول إذا تعلق بالوحدة ذاتها، ولو كان البيع اللاحق لها مسجلاً.

وتؤسس المحكمة حكمها المتقدم، على أنه إذا باع الوحدة ذاتها مالكيها إلي غير ممن تعاقداً معه أولاً على شرائها، كان ذلك تعاملًا فيها يقوم على التحايل والانتهاز. وهو ما دعا المشرع إلى إبطال البيوع اللاحقة على العقد الأول، باعتبار أن محلها صار من الأموال التي لا يجوز التعامل فيها بمقتضى قاعدة أمرة ناهية فرضها المشرع على أسس موضوعية، بعد أن شاع التعامل فسي

(١) القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٢ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ١٠٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، على أن يعاقب بغرامة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور، بذاته أو بالواسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة، أو يوجرها لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقداً معه على شرائها. ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً.

الوحدة الواحدة أكثر من مرة انحرفا عن الحق وتماديا في الباطل، واستمراء للزور والديهتان، فلا يكون البيع اللاحق للوحدة ذاتها، إلا سعيًا من مالكها لنقض ما تم من جهته خطأ. ويتعين بالتالي إهدار سوء قصده جزاء وفاقا.

فإذا أبطل المشرع البيوع اللاحقة جميعها بطلانا مطلقا لضمان اتحاديها؛ وكان العدم لا يصير وجودا ولو أجزى؛ وكان بطلان البيوع اللاحقة على العقد الأول، قد تقرر بناء على نص ناه في القانون، حظر نقل ملكية الوحدة ذاتها إلى غير من اشتراها أولا من مالكها حتى لا يختل استقرار بالتعامل؛ فإن حظر البيع اللاحق للوحدة ذاتها، لا يكون مخالفا للدستور، ولو قرن المشرع هذا الخطر بعقوبة جنائية نص عليها لردع من يخرجون على مقتضاه.

كذلك فإن إبطال المشرع بقاعدة أمره للبيوع اللاحقة على العقد الأول، مؤداة تطبق هذه البيوع بأموال حظر المشرع تداولها - لا بناء على طبيعتها - ولكن بناء على نص قانوني أمر.

وبينما نشأ عقد البيع اللاحق باطلا على النحو المتقدم، فإن عقد شرائها الأول ولد صحيحا وناظرا، فلا تعتبر البيوع اللاحق أفضل في مجال نفاذها من عقد شراء الوحدة الأول. ذلك أن المفاضلة بين عقدين ترجحا لأحدهما على الآخر، يفترض استيفاء هذين العقدين لأركانهما ولشروط صحتهما. ولا كذلك البيوع التي تم إبرامها بعد عقد الشراء الأول، ذلك أن اتحاديها مؤداة زوال كامل آثارها واستتاع تنفيذها.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" بجلستها المقودة في ١٥/٩/١٩٩٧<sup>(١)</sup>، تقرر هذه المحكمة للقواعد الآتي بيلانها:

أولاً: أن الأصل في العقود -وباعتبارها شريعة المتعاقدين- تقوم بنصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها - هو ضرورة تنفيذها في كل مشتملاتها، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

ثانياً: كلما نشأ العقد صحيحا ملزما، كان تنفيذه واجبا، فقد التزم المدين بالعقد فإذا لم يتم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو عن إهمال، أو عن مجرد فعل لا

(١) ص ٨٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يقترن بأيهما. ومن ثم تظهر المسؤولية العقابية باعتبارها جزاء إغفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحاً ملزماً. وهي تتحقق بتوافر أركانها.

وليس ثمة ما يحول بين المشرع ولأن يقيم مسؤولية جزائية إلى جانبها. فلا يكون اجتماعها معاً أمراً عصبياً أو مستبعداً، بل متصوراً في إطار دائرة بذاتها، هي تلك التي يكون فيها الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

وهو ما يعني أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية تحول دون تدخل المشرع لتأثيم واقعة النكول عن تنفيذ التزام لم ينشأ مباشرة عن نص للقانون، وإنما كان العقد مصدره المباشر، وبشرط أن يكون هذا التأثيم قد حدد بصورة قاطعة لركن الجريمة التي أحدثها المشرع.

ثالثاً: أن الحرية الشخصية التي يكتفلها الدستور، لا تخول حقاً مطلقاً لأحد، في أن يتحرر نهائياً في كل الأوضاع أي كانت ظروفها، وفي كل الأوقات أي كان زمنها، من القيود عليها. وإنما يجوز كبحها بقيود تتحدد جوانبها، تقتضيها أوضاع الجماعة وضرورة صون مصالحها، وتتطلبها كذلك أسس تنظيمها، ودون إخلال بأمن أعضائها.

رابعاً: أن العقوبة التي فرضها المشرع على من يخلون -دون مقتضى- بالتزامهم بتسليم الوحدة التي باعوها، في الموعد المحدد لتسليمها، لا مخالفة فيها للدستور. ذلك أن الجزاء الجنائي يعتبر عقاباً واقفاً بالضرورة في إطار اجتماعي، منطوقاً غالباً من خلال قوة الروع على تقييد الحرية الشخصية، ومستنداً إلى قيم ومصالح اجتماعية تبرره، كذلك التي تتعلق بحظر التعامل في بعض الأموال تحايلاً، بما يقوض الحماية القانونية المقررة لها.

ومرد التجريم المقرر بالفقرة المطعون عليها<sup>(١)</sup> إلى الضرورة الاجتماعية. فقد أحاط المشرع -ومن خلال الجزاء الجنائي- البيوع التي يكون محلها وحدة سكنية في عقار، بما يكفل

(١) هي الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، التي تنص على أن يعاقب بقوة حريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتخلف دون مقتضى، لمن يتسلم الوحدة في الموعد المحدد، فضلاً عن إلزامه بأن يؤدي إلى الطرف الآخر مثلي المقدم.

صدق هذه البيوع وينأى بها. فلا يكون هذا التعامل زيفاً أو تريباً غير مشروع، لتعويض هذه البيوع الأغراض التي يرتجيبها المتبايعون منها، فلا يتوهمها أطرافها على غير حقيقتها.

ويفترض الجزء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، أن مالكا قد اختار ألا يقوم بتسليم الوحدة التي باعها في الموعد المحدد. ولا تؤثر الفقرة المطعون عليها ولقمة تخلفه عن التسليم في ذاتها، بل سلوكا اتصل بها، وكان مؤدياً إليها.

خامساً: أن الجزء الجنائي لا يكون مخالفاً للمستور، إلا إذا اختلف التعادل بصورة ظاهرة *la disproportion manifeste* بين مذهب من جهة، وطبيعة الجريمة التي تعلق بها من جهة ثانية.

سادساً: أن ما نص عليه المادة ٢٠٦ من القانون المدني من أن الالتزام ينقل حق عيني، يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، مؤداه أن التزامين يتفرعان عن الالتزام الأصلي بنقل الملكية.

أولهما: محافظة بائع العين عليها إلى حين تسليمها.

وثانيهما: تسليمها فعلاً إلى من ابتاعها. ويتمحض التزام الأول عن الالتزام ببذل عناية. أمداً ثانيهما فهو التزام بتحقيق غاية بذاتها، فلا يعتبر تسليمها قد تم صحيحاً إلا إذا تمكن مشتريها من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يستول عليها استيلاء مادياً.

وقد قدر المشرع أن امتناع البائعين للعين دون مقتض عن تسليمها، ليس إلا صورة من صور التكتيس في الأعم من الأحوال، يقارنها انتفاعهم بالأعيان التي باعوها، واحتفاظهم بشئونها دون مقابل يعود على مشتريها منها، وإعادة بيعها أحياناً. فلا يكون التزامهم بالتسليم ناجزاً، بل متراخياً. ومن ثم تدخل المشرع بالجزء الجنائي لحمل البائعين على إيفاء تعهداتهم ما استطاعوا، فلا ينخلق الطريق إلى إنفاذها، ولا ينال الجمود مسراها، وعلى الأخص كلما كان شراء العين بقصد استغلالها واستعمالها، واقعا لأغراض الإسكان.

سابعاً: توخي المشرع بالجزء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، مواجهة امتناع بائع العين عن تسليمها أو تراخيها في ذلك عن الموعد المحدد. وجعل المشرع إيقاع هذا الجزء مشروطاً بالألا يكون الإخلال بالالتزام بالتسليم ناشئاً عن سبب أجنبي. ولا مخالفة في ذلك للمستور،

ولو غاير النص الجنائي في مجال تطبيقه - بين أحكام المسؤولية الجنائية من جهة و المسؤولية المدنية من جهة ثانية. ذلك أن المسؤولية المدنية تتحقق إذا لم يتم التسليم كاملا بحيث إذا هلك المبيع أو تلف قبل تسليمه، ولو بسبب أجنبي، ظل البائع مسئولاً.

ولا كذلك المسؤولية الجنائية المقررة بالفقرة المطعون عليها. ذلك أن ما تنهيه المشرع من وراء تقرير هذه المسؤولية، هي أن يرد عن التعامل المشروع في الأعيان التي عناها، أبوابا ينفذ التحايل منها. فإذا انقطع دابر لعذر قام ببيانها، وحال دون تسليمه العين لمشتريها في الموعد المحدد، فإن اعتباره مسئولاً جنائياً عن عدم تسليمها، يكون أمراً محظوراً دستورياً. ذلك أن وقوع جريمة ما، يفترض إرادة ارتكابها<sup>(١)</sup>.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية"، تقرر المحكمة الدستورية العليا أن حق من يملكون الأعيان الموجرة في استغلالها من خلال عقود إيجار يبرمونها في شأنها، مؤداة حريتهم في اختيار من يستأجرونها، وكذلك في تحديد أوجه استعمالها، فلا يغير مستأجروها هذا الاستعمال بإرادتهم المنفردة لتتحول الأماكن التي اتخذوها سكناً إلى أماكن مهياة لغير أغراض السكنى بغير موافقة مالكيها، وهو ما يناقض الدستور. ذلك أن حق المستأجر لإزالة حقا شخصيا مقصوراً على استعمال عين بذاتها بما لا يجاوز الغرض من الإجارة.

فلا يمتد إلى سلطة تغيير استعمالها بغير موافقة مالكيها، وبالمخالفة لشرط اتصال بالإجارة صريحاً كان هذا الشرط أو ضمنياً - حكماً جاوز هذا الشرط الحدود المنطقية التي تعمل الإدارة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية - في صحيح بندياتها - بفواتها<sup>(٢)</sup>.

تلك صور من تدخل المحكمة الدستورية العليا لإنهاء القيود غير المبررة على حرية التملك. وهي بذلك ترعى جوهر هذه الحرية، وتقيم دعائها بما يكفل للإرادة الحرة حركتها في مجالها الطبيعي، فلا يقيد المشرع أو ينال منها، إذ هي الأصل في الحرية الشخصية التي تعتبر إرادة الاختيار من أبرز ملامحها.

(١) أصدرت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥٢ لسنة ٢٠ قضائية حكماً على نط حكمها الصادر في القضية ٤٨ لسنة ١٨ قضائية. وقد صدر الحكم الثاني في شأن من يوجب الوحدة السكنية أكثر من مرة.

(٢) القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٥٠١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الفصل الثاني

## الشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية

### الفصل الأول

## الدولة وأزماتها الخطيرة

### المبحث الأول

## طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٣- ويظل أصلاً ثابتاً أن الأوضاع الاستثنائية، قد تبلغ وطأتها حد تهديد وجود الدولة ذاتها، أو تعطيل مؤسساتها عن مباشرة وظائفها. ومن شأن هذه الأوضاع -التي تواجهها بعض الدساتير بنصوص خاصة- أن تفرض قيوداً باهظة على حقوق المواطنين وحرياتهم، بقدر حدة هذه الأوضاع وتأثيرها على أكثر المصالح القومية أهمية، ولبلغها اتصالاً بكيان الجماعة وناسكها وتلاحم قومياتها، أو تكامل أجزاء إقليمها. وهو ما حرص الدستور الفرنسي على تنظيمه بنسب من المادة ١٦ -التي تقابل نص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر- ذلك أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي يجري بالصيغة الآتية:

"إذا تهددت مؤسسات الجمهورية أو تهدد استقلال الأمة، أو تكامل الإقليم أو تنفيذ التعهدات الدولية، على وجه جسيم وحال، وكان السير المنتظم لسلطاتها العامة الدستورية قد انقطع، جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ -بعد التشاور مع رئيس مجلس الوزراء ورئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وكذلك المجلس الدستوري- التدابير التي تقتضيها الظروف. ويوجه رئيس الجمهورية بياناً إلى الأمة.

ويتعين أن تصدر هذه التدابير مستوحية إرادة أن تعود المؤسسات الدستورية العامة إلى العمل لتحقيق المهام التي تتولاها في أقرب وقت مستطاع.

ويؤخذ رأي المجلس الدستوري في شأن هذه التدابير. وينعقد البرلمان بقوة القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء مباشرة رئيس الجمهورية لهذه السلطة الاستثنائية.

٥٣٤- تلك هي المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي يراها بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> من إحياء الجنرال ديغول؛ وأنها في حقيقتها دستور داخل الدستور. ولئن صح القول بأن ما تتوخاه، هو ضمان بقاء الدولة إذا واجهتها مخاطر من طبيعة استثنائية، إلا أن صيغتها تقتصر إلى التحديد؛ وإلى ضوابط لا تتحمل التأويل، وإلى صورة واضحة تتكامل بها أجزاؤها، ولا تظهر حقيقة أبعادها إلا من خلال تطبيقها.

ولم تعترض اللجنة الدستورية الاستثنائية على مشروع هذه المادة التي ناقشتها في حضور الجنرال ديغول. وكان غريبا ألا تثير تساؤلا حول حقيقتها كتص يتأبى على مفاهيم دستورية تقليدية اعتنقتها فرنسا دوما، مانعة بها رئيس الجمهورية من احتكار مظاهر السلطة في يده، ولو واجهته أوضاع استثنائية تقارنها مخاطر داهمة. ذلك أن صون الدولة من عوارض تهدها، وإن كان مطلبا حيويا، إلا أن أفراد رئيس الجمهورية يدفعها من خلال تدابير يتخذها، يناقض طبيعة النظم الديمقراطية، ويقوض بنيانها. إذ يؤول إلى تركيز السلطة بدلا من توزيعها وتفرغها. وفي ذلك خطر كبير على الديمقراطية إذ يجنح بها إلى أعاصير لا تؤمن عواقبها.

ولعل الجنرال ديغول -وقد جاهد بضراوة لتحرير فرنسا من النازية- أراد أن يكرم من جديد -ومن خلال نص المادة ١٦ المشار إليها- المفاهيم الشخصية التي آمن بها، والتي تقوم على محور الدولة حول رئيسها أو زعيمها، وتجمعها وراءه باعتباره كافلا استقلالها واستقرارها، ورمز كرامتها الأعلى، وصمام أمنها في مواجهة المخاطر على اختلافها. حتى إذا دهمتها، ظل طودا منتصبا وشامخا يثق لها طريقها من جديد، لتعود إلى مباشرة وظائفها التي عطلتها هذه المخاطر، أو قهنتها.

وكان ضروريا بالتالي أن تصاغ المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من خلال مفاهيم إجمالية لا تسعى في كل تطبيقاتها؛ ولا تستغرق صور الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة جميعها، ولا تعيظ بكل جوانبها وأقطارها.

ذلك أن أحكامها تصور درجة من المخاطر العريضة في مماسها بأعق المصالح القومية وأكثرها أهمية.

(١) Jean chatelain. la constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, pp. 541-553.



٥٣٥- ومن ثم كان منطقتي تطبيقها اجتماع شرطين فيها:

أولهما: أن تبلغ هذه المخاطر في عنفها وقوتها وفداحتها، حدا يؤكد جسامتها وإضرارها المباشر بمصالح قومية حيوية، فلا يكون أثرها ضئيلا؛ ولا توقعها متصورا، لتظهر خطورتها من زاوية طبيعتها المفاجئة من جهة؛ وتحرز دفعها بالوسائل القانونية للمعتادة من جهة ثانية، بما يجعلها مخاطر وخيمة عواقبها، ماثلة بنظرها وعمق وطأتها.

ثانيهما: أن يكون من أثر هذه المخاطر -في صلتها بالدولة- انقطاع مؤسساتها الدستورية العامة عن مباشرة وظائفها.

وليس شرطا أن تصيبها جميعا بما يملؤها في كل جوانبها، ولا أن تحيط بها بصورة كاملة تعجزها تماما عن العمل.

وأية ذلك أن الثورة التي قام بها فريق من الجيش الفرنسي في الجزائر انقلابا على حكومتها الشرعية، لم تعطل الحكومة القائمة في الوطن الأم، لو تعجزها عن مباشرة وظائفها، ولا أفقنتها القدرة على مجابهة هذه الثورة، ومحققا بالقوة.

بيد أن مجرد الإعلان عن هذه الثورة، وتعدبها على الحكومة الشرعية في الجزائر، كان نذير خطر على الجمهورية يهدد بالقتلاع أسسها، ومحو كيانها. وكان ضروريا بالتالي مواجهتها بوسائل استثنائية ثلاثها.

وفي إطار هذين الشرطين، كان منطقيا أن تفسر المادة ١٦ من الدستور الفرنسي بما يكفل مرونتها، ويؤكد لتساعها لأوضاع استثنائية يستحيل حصرها، وإن كان لها خطرها. فلا يكون رصد هذه الأوضاع وتكوينها في الدستور، مفيدا أو عمليا أو ممكنا. إذ هي مخاطرة من نوع خاص، تتداح عواقبها بما يؤكد تزاميها، وتوسع دائرتها، وعمق أثارها وتتابعها، فلا يكون اقتلاع جذورها إلا تعبيراً عن رفض القبول بها، وضرورة وأدها في مهدها، أو توقي تقاليم نتائجها.

وإذا كان ديغول قد أخمذ ثورة رجال الجيش في الجزائر، وكان قائمتها قد فروا هاربين أو اعتقلوا، وامتنل من تبعهم من اللجند لكلمة القانون، إلا أن ذلك قد تحقق من خلال نص للمادة ١٦ من الدستور التي دخل تطبيقها -لأول مرة- حيز التنفيذ.

٥٣٦- وقام الدليل بصورة واقعية -ومن خلال هذا التطبيق- على أن من الصعوبة بمكان، تحديد الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة في زمن معين؛ وأن بيان ماهية هذه الأوضاع إنما ينأت من منظور مفاهيم إجمالية تنشئ بها، ولا تفصلها، أو تحددها بصورة قاطعة.

ولذلك الشروط الشكلية التي أحاط بها الدستور نص المادة ١٦ المشار إليها. ذلك أن الدستور بينها بصورة جلية لا خفاء فيها بما أوجبه على رئيس الجمهورية من أن يستدير - قبل مباشرته لسلطته الاستثنائية المنصوص عليها في هذه المادة -بآراء تخالطها الصبغة السياسية والقانونية.

فالآراء القانونية هي التي يبدئها المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية في شأن موضوع التدابير التي قرر اتخاذها. وهو يحصل على المعونة السياسية من أهلها الذين يمثلهم رئيس مجلس الوزراء، ورئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. فلا تزيد هذه الآراء السياسية والقانونية عن مجرد مشورة يبدئها أصحابها لرئيس الجمهورية في شأن توافر الشروط الموضوعية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور أو تخلفها.

ومن ثم تبلور الشروط الشكلية التي تنحصر أساساً<sup>(١)</sup> في أخذ آراء الأشخاص الذين عينتهم هذه المادة، صورة من صور الرقابة للقانونية والسياسية على تقدير رئيس الجمهورية في شأن تحقق الأوضاع الاستثنائية وإمكان التكفل لمواجهةها بتدابير من جنسها.

وتبدو أهمية الرقابة القانونية، في أن المشرع أصدر في ١٩٨٥/١١/٧ قانوناً عضوياً توضح به أن يكون مكملاً لنص المادة ١٦ من الدستور، وذلك بما تنص عليه المادة ٣٨ من هذا القانون، من أن الآراء التي يبدئها المجلس الدستوري الفرنسي في شأن موضوع التدابير التي يعترزم رئيس الجمهورية اتخاذها، بتعين تسببها ونشرها.

بما يوفر ضماناً جوهرياً غايته ألا تتفصل هذه التدابير عن موجباتها، وألا تكون شرعيتها الدستورية -حتى في إطار المفاهيم التي تقتضيها الأوضاع الاستثنائية- مشكوكاً في صحتها.

(١) من بين الشروط الشكلية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، أن يوجه رئيس الجمهورية رسالة إلى الأمة.

وإذا كان نص المادة ١٦ من الدستور، قد فرض صوراً من الرقابة القانونية والسياسية على رئيس الجمهورية على نحو ما قدمناه، فإن حكمها قيده كذلك بنوع من الرقابة الشعبية. يتمثل في توجيه رئيس الجمهورية رسالة إلى مواطنيه ينبئهم فيها بالأوضاع الاستثنائية التي يعايشها الوطن.

ومن المفترض في رسالته هذه، أن يكون مضمونها محدداً - على الأقل - من جهة الخطوط الرئيسية لهذه الأوضاع، وطبيعة المخاطر التي تقارنها، ونوع أو مجمل التدابير التي تتخذ لإنهائها، وأن يقع ذلك كله بقدر كبير من الوضوح.

تلك هي الشروط الشكلية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور من الزوايا السياسية والقانونية والشعبية. ويظل ثابتاً أن هذه المادة لا يرتبط نطاق تطبيقها بمفاهيم جامدة؛ ولا بقيم نظرية مجردة صاغها أصحابها بعيداً عن الحقائق الواقعية.

ذلك أن الناحية التطبيقية لتلك المادة، هي التي تبين صور اللجوء إليها؛ والضوابط التي ينبغي أن تحكمها؛ وكذلك مظاهر قصورها؛ وعلى الأخص فيما يتعلق بدور البرلمان بعد إعلان رئيس الجمهورية عن قيام أوضاع استثنائية خطيرة في أثارها، وهو ما نعالجه تباعاً في المباحث الآتية:

### المبحث الثاني

#### قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٧- يتخذ قصور المادة ١٦ من الدستور الفرنسي-في جوانبها الفنية- مظاهر ثلاثية؛ يتعلق أولها بكيفية إنفاذ حكمها؛ وثانيها بمضمون التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يتخذها بمناسبة تطبيقها؛ وثالثها بزم بقاء هذه التدابير بعد انتهاء الأوضاع الاستثنائية التي تطلبها.

#### المطلب الأول

##### كيفية إنفاذ حكمها

٥٣٨- يأتي تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في إطار مفهوم عام يعطى لرئيس الجمهورية مركزاً حيوياً في الدولة.

وهو مفهوم يبلوره كذلك نص المادة (٥) من هذا الدستور التي تجعل رئيس الجمهورية أميناً على احترام الدستور؛ كافلاً للدولة استمرارها؛ وحكماً بين سلطانها لضمان انتظامها؛ وحارساً لاستقلالها، يصون تكامل إقليمها، ويعمل على تنفيذ تعهداتها الدولية.

وهذا المركز الخاص لرئيس الجمهورية، هو ما تدرده الأفكار التي تقوم عليها المادة ١٦ من الدستور، والتي تتمم بتركيز سلطة استثنائية خطيرة أبعادها في يد رئيس الجمهورية، وكذلك بموضها في شأن ضوابط الأوضاع الاستثنائية التي تحق بالدولة وتسوغ تطبيقها. فضلاً عن تجهيلها بمظاهر انقطاع مؤسساتها عن المير المنظم.

ويزداد الأمر غموضاً من ناحيتين:

أولاهما: أن الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة وتدهمها لتحيط بها، قلما يكون توقعها ممكناً، سواء في نذرها أو في مجال الدائرة التي تمتد إليها أثارها، وعلى الأخص بعد تطور المخاطر في حديثها، وتعدد الوسائل العلمية التي تقضي إليها، وإمكان وقوعها دون بصر بمقدماتها، لا سيما بعد تطور الطاقة النووية؛ وتزايد فرص استخدامها في الأعمال الحربية أو الانتقامية؛ وإمكان شراء بعض الدول لها بالمال؛ واتساع مفهوم الجريمة في أشكالها المنظمة،

ونظمها السرية، وضرباتها المفاجئة في إطار خطط أحكم تكبيرها مع تعذر السيطرة عليها بالنظر إلى خفائها.

وصار ثابتاً -علي ضوء ما تقدم- أن للتبؤ بكل صور المخاطر، يكاد أن يكون أمراً مستحيلاً، وأنه حتى مع توافر بعض النذر التي تعتبر من إرهاباتها، إلا أن تشخيصها وقوفها على كامل أبعادها، كثيراً ما يكون وهماً.

ثانيهما: أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، يثير من ناحية أخرى صعوبة تتعلق بالشروط الموضوعية لتطبيقها.

ذلك أن المخاطر التي تعرض للدولة، قد لا تصل جسامتها إلى حد تعويق مؤسساتها عن مباشرة وظائفها.

ومن ثم حرص الدستور الفرنسي على أن يعتبر انقطاع مؤسساتها هذه عن السير المنتظم محدداً علي ضوء خصائص نشاطها، شرطاً مضافاً إلى شرط حدة المخاطر التي تحيط بالدولة وتهدد استقرارها، فلا تقوم الأوضاع الاستثنائية التي تبرر تدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها إلا باجتماع هذين الشرطين.

بيد أن نص المادة ١٦ من الدستور خلا من كل تحديد لمفهوم انقطاع المهام التي تقوم الدولة عليها من خلال سلطاتها الدستورية، وإن تعين القول بأن هذا الانقطاع، ولو لم يكن كلياً، إلا أن تدخل رئيس الجمهورية لمواجهته يظل مبرراً، كلما نجم عن عوارض خطيرة في نوعها وأثارها إذا كان لا يستطاع توقعها، وكان لها من وطأتها وغلواها، ما يجعل التدخل بالوسائل القانونية المعتادة لإزهاقها، عقيماً.

وتظل الشروط الشكلية التي فرضها نص المادة ١٦ من الدستور كتجيد على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته الاستثنائية، أكثر شروط تطبيق هذه المادة وضوحاً وأقطعها في بيان متطلباتها.

بيد أن هذه الشروط ذاتها التي أحكم الدستور صياغتها ليحدد دلالتها تحديداً جازماً، يعيىها أن جمودها يفترض بالضرورة أن تتوافر جميعها قبل أن يقبض رئيس الجمهورية بيده على أكثر

مظاهر السلطة خطيرة، وأعقبا أثرا في حياة للمواطنين وحرياتهم. وهو افتراض قلما يتحقق على الأخص في حالتى الغزو الخارجى أو العصيان الداخلى إذا كان من شأنهما اعتقال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ مثلا، أو اقتحام المجلس الدستوري بما يعطل مباشرته لوظائفه جميعها، فلا تكون الشروط الشكلية التى تطلبها المادة ١٦ من الدستور، إلا مجافية لحقيقة بعض الأوضاع الواقعية، وحاللا دون مرونة مواجهتها بالتدابير اللازمة.

### المطلب الثانى

حقيقة التدابير التى يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى

يحيط بهذه التدابير قيدان:

٥٣٩- أولهما: قيد موضوعى مؤده، أن تصدر التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية فى مجال تطبيقه لنص المادة ١٦ المشار إليها، عن إرادة توفير الوسائل الكافية التى تعود بها كل سلطة دستورية -دون ما إطاء- إلى مباشرة وظائفها<sup>(١)</sup>. وهذا الغرض المخصص، هو ما يتعين أن تتوخاه تلك التدابير، فلا تعمل لتحقيق سواء، وإلا كان ذلك انحرافا من رئيس الجمهورية عن حدود سلطاته الاستثنائية المنصوص عليها فى المادة ١٦ من الدستور. وهى حدود تنحصر فى إعادة النظام إلى الدولة من زاوية دستورية. ولا تخول رئيس الجمهورية بالتالى تعديل الدستور انقلابا على أحكامه<sup>(٢)</sup>.

(١) يلاحظ أن الانقلاب الذى وقع فى الجزائر من قبل فريق من الجيش الفرنسى، لم يستمر أكثر من أربعة أيام، وفى السادس والشرين من أبريل ١٩٦١ استعادت الحكومة الشرعية سلطتها بعد أن انقست حولها أغلبية الشعب الفرنسى، وقطاع كبير من الجيش. ومع أن الحرب فى الجزائر لم تكن قد انتهت بعد، إلا أن العودة إلى الشرعية الدستورية هى التى مكنت الشعب الفرنسى من التكتل حول الجمهورية الخامسة، وقد فوض الشعب -من خلال استفتاء عام- الرئيس ديغول فى اتخاذ التدابير الملائمة لضمان حق تقرير المصير للجزائريين.

(٢) يقول الأستاذ جدى ثابت غبريال فى ص ٧٤ من رسالة الدكتوراه التى أعدها حول موضوع سلطات رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ٧٤ من الدستور والرقابة القضائية عليها، بأن من غير المنطقى أن يقن الدستور نظرية دستورية ينتهى إعطائها إلى المساس بأحكامه حيث لا يسوغ أن تمحو أحكام الدستور بعضها بعضا ولا أن تتلفن.

والذين يقولون بجواز تعديل رئيس الجمهورية للدستور تأسيساً على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضيتته<sup>(١)</sup> Heyries من أن اختصاص رئيس الجمهورية بتنفيذ القوانين، يفيد إمكان الامتناع عن تطبيقها -سخطون- ذلك أن تنفيذ رئيس الجمهورية للقوانين بما ليس فيه تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها، يعتبر ولجاً دستورياً لا ترخص فيه. وليس الامتناع عن تطبيق القانون إلا إهداراً لمبدأ لأحكامه، لا يقل سوءاً عن مخالفتها بالخروج عليها، ولا يجوز بالتالي أن يعزل رئيس الجمهورية القضاء الذين كلل الدستور حصانتهم، ولو بادعاء تمردهم على الدولة وحضهم على عصيانها. ذلك أن تأديبهم لا يجوز أن يقع إلا وفقاً للدستور والقانون.

ثانيهما: قيد شكلي موداه، أن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية إعمالاً لنص المادة ١٦ من الدستور، يعتبر قراراً ينشر في الجريدة الرسمية لضمان اتصال الكافة بمضمونه وتعريفهم بفجواه.

وليس بشرط أن يوقع على هذا القرار -إلى جوار توقيع رئيس الجمهورية- رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولين - كل فيما يخصه Contresigner.

ذلك أن المادة ١٩ من الدستور تقضى بأنه فيما عدا أعمال رئيس الجمهورية الصادرة وفقاً لأحكام المواد ٨ / ١، ١١، ١٢، ١٦، ١٨، ٥٤، ٥٦، ٦١ من الدستور، يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولين عند الاقتضاء، على كل قرار يتخذه رئيس الجمهورية.

ودلالة هذا الاستثناء، أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لنص المادة ١٦، لا تحتل التأخير بطبيعتها بالنظر إلى الأوضاع التي تلايسها. فإذا عرضها رئيس الجمهورية على رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصين، وتربص توقيعهم عليها، زال عنصر المفاجأة عنها، فلا يكون وقعها مؤثراً في إجهاض المخاطر التي أفرزتها الأوضاع اللاحقة التي تحيط بالدولة، وتهدد بتقويض سلطاتها الدستورية.

ولو أن المناوئين للدولة، أدركوا التدابير التي قرر رئيس الجمهورية اتخاذها قبل مسريان مفعولها، لربما تحوطوا توفيقاً لأثارها، بما يجرداها من كل فائدة عملية يرتجىها رئيس الجمهورية منها.

(١) صدر حكم المجلس في ٢٨ يونيو ١٩٦٨.

كذلك فإن استثناء هذه التدابير من الأصل المقرر بنص المادة ١٩ من الدستور، مؤداة إطلاقها من القيود التي تنافي طبيعتها، أو تعطّل الأغراض المقصودة منها، والتي لا يندرج تحتها استشارة المجلس الدستوري في شأن موضوع هذه التدابير<sup>(١)</sup> Consulté ou sujet des mesures prises.

### المطلب الثالث

#### زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التي تتصل بها

٥٤٠- يقدر رئيس الجمهورية في نطاق سلطته التقديرية، وحدود سلطته المباسية- تحقق الأوضاع الاستثنائية أو تخلفها، ويحدد كذلك نوع التدابير التي يجوز أن يتخذها لمواجهةتها. ذلك أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٦ من الدستور، استثنائية بطبيعتها. وهو يترخص في مباشرتها. لإنهاء أوضاع خطيرة قدر عواقبها. ويفترض عكلاً بقاء هذه الأوضاع إلى أن يقرر رئيس الجمهورية زوالها.

ولا كذلك ما يتخذ رئيس الجمهورية من التدابير التي قدر ضرورتها لمواجهة مخاطر قائمة وعاصفة من شأنها تهديد الدولة في عناصر وجودها، وأخصها مؤسساتها التي لا يجوز تعطيل وظائفها.

ذلك أن الذين يذهبون إلى سقوط هذه التدابير، وزوال كل أثر لها بمجرد إعلان رئيس الجمهورية عن إنهاء الأوضاع الاستثنائية التي اقتضتها، لا يميزون بين ما يكون من هذه التدابير فردياً، وما يتخذ منها صورة القواعد القانونية. إذ يسقطونها في كل أشكالها -وأيما كان نوعها- تبعاً لزوال الضرورة التي قارنتها.

ووجهة النظر هذه يعيبها، أن التدابير الفردية تتعلق في الأعم من تطبيقاتها بأشخاص بذواتهم كان لهم دور في التحريض على العصيان أو تدبيره، أو في تعطيل السلطة الدستورية في الدولة، سواء بالقوة أو بالتهديد باستعمالها، بما يمنعها من مباشرة وظائفها. ومن ثم كان منطقياً أن تبقى هذه التدابير -الشخصية في طبيعتها وخصائصها- حتى بعد انتهاء المخاطر، كجزء على أفعال قارفها مرتكبوها. شأنها في ذلك شأن التدابير الفردية التي تصدر في مجال تطبيق القاعدة

(١) يصدر رئيس الجمهورية بدياسة كل تدبير بالمعارة الآتية le conseil constitutionnel consulté أو بعبارة le conseil constitutionnel entendu دون أن يعرف أحد كنه الخلاف بين هذا التعبير أو ذاك.



القانونية على المخاطبين بها، إذ تظل هذه التدابير محمولة على صحتها حتى بعد تعديل هذه القاعدة أو محوها.

فإذا لم يكن التدبير فردياً، بل كان في شكل قاعدة قانونية مجردة، فإن افتراض بقاءه بعد زوال هذه المخاطر، يكون عملاً مخالفاً للقانون أو الدستور. إذ الضرورة تقدر بقدرها؛ ولأن كل سلطة استثنائية ينبغي حصرها في حدود الأغراض المقصودة منها.

ويفترض في القواعد القانونية التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة مخاطر بنواتسها، أنها تدابير تقتضيها الضرورة التي أملتها. فإن لم يعد لهذه المخاطر من وجود، دل ذلك على أنها استغاد هذه القواعد لأغراضها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك من ١٩٤٥ من المقالة التي نشرها Jean Chatelain في الطبعة الثانية من مؤلفه وعنوانه

### المبحث الثالث

#### دور البرلمان إبان تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٤١- وحتى يقبض رئيس الجمهورية بيده على كل مظاهر السلطة التي يتحول بها في الأعم من الأحوال طاعيا مستبدا بالمعنى الحرفي للطغوان، حرص الدستور على تأكيد أهمية وجود البرلمان أثناء مواجهة الدولة لأوضاع استثنائية تصيبها في جوهر مقوماتها، وأخص وظائفها، وتحيطها بأعق أزمتها، وأكثرها حدة.

وقد حقق الدستور مقصده في ذلك من خلال شرطين نابعين من نص المادة ١٦ التي أبرز الدستور بها محنيين لا يجوز التفريط فيهما:

أولهما: أن البرلمان يتعين أن يتعقد بقوة القانون.

ثانيهما: أن الجمعية الوطنية لا يجوز حلها أثناء قيام هذه الأوضاع الاستثنائية.

وقد توخى الدستور من هذين الشرطين ردع السلطة التنفيذية، وحملها على التقيد بالحدود التي ضبط بها ولايتها الاستثنائية، حتى لا تتسلط من خلالها على حقوق المواطنين وحرياتهم، بما يبددها أو يرفقها بصورة خطيرة.

ولتحقيق هذا الغرض، عطل الدستور سلطة رئيس الجمهورية في حل الجمعية الوطنية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من مادته الثانية عشرة. وجعل انعقاد البرلمان واجبا دستوريا، حتى يبصر الأوضاع الاستثنائية بمخاطرها الملتهبة؛ ويناقشها ثم يقدم الحلول التي يستصوبها لمواجهتها، وإن ظل لرئيس الجمهورية وحده أن يتخذ ما يراه من التدابير التي يستسيبها لمواجهة هذه الأوضاع.

إذ لو زاحمه البرلمان فيها، أو استقل بها، لعطل ذلك السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. فضلا عن أن الأصل في السلطة، أن يباشرها من فوضه الدستور فيها، مستهديا في ذلك بما يراه مفيدا من الآراء، وكذلك بكل اقتراح يعينه عليها. ولو جاز القول بوصاية يفرضها البرلمان على التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور ليقدر جنواها أو ملاعمتها، لحل محل رئيس الجمهورية فيما يراه ضروريا

منها<sup>(١)</sup> وقد يكون ذلك مدخلا لصراع عميق بينهما، بما يضر بالمصالح القومية في أعرق توجهاتها.

ذلك أن التعاون على المخاطر لردّها على أعقابها، أولى من تعطيل السلطة الاستثنائية التي اختص الدستور بها رئيس الجمهورية وحده، والتي ما أفردّه بتحملها، إلا على تقدير أن يبدّه -دون غيره- أفضل الوسائل التي يرد بها مخاطر قائمة وجهضها.

وقد حدد الدستور الفرنسي -نص المادة ١٦- أمرين يتعين التوفيق بينهما:

أولهما: اختصاص رئيس الجمهورية بمجابهة أوضاع استثنائية لها مخاطرها المقطوع بها، وعواقبها التي لا يستهان بها<sup>(٢)</sup>.

وثانيهما: ضرورة دعوة البرلمان إلى الاعتقاد، وامتناع حل الجمعية الوطنية أثناء قيام هذه المخاطر.

والأمران كلاهما واجبان بحكم الدستور. فلا يعطل البرلمان اختصاص رئيس الجمهورية؛ ولا يكون وجود البرلمان إجراء رمزياً عقيم الفائدة.

والتوفيق بين الأمرين مقتضاه، أن يعاون البرلمان رئيس الجمهورية، لا أن ينأجزه في النهوض بالمسئولية الخطيرة التي يتحملها وفقاً لنص المادة ١٦ من الدستور. وهي معاونته بتعدد

(١) في الرسالة التي وجهها الرئيس ديغول إلى مجلسي البرلمان بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٦١ ذكر رئيس الجمهورية أنه في مواجهة الظروف الحالية -ويقصد بها تمرد وحدات من الجيش الفرنسي الموجود في الجزائر- فإن وضع نص المادة ١٦ من الدستور موضع التطبيق لن يؤثر على نشاط البرلمان، ولا على مباشرته لسلطته في التشريع والرقابة، وأنه انطلاقاً من ذلك، تنظّل قائمة العلاقة بين البرلمان والحكومة بقدر عدم تعطّلها بالتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقاً لنص المادة ١٦ من الدستور.

.....De ce fait, les rapports du gouvernement et du parlement, doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu' il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16.

(٢) رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، وهو يرأس المجلس واللجان العليا للدفاع عن الوطن (مادة ١٥ من الدستور) وهو يعين الموظفين المدنيين والعسكريين ويمثل الحكومة في الأراضي الواقعة فيما وراء البحار (مادة ١٣ من الدستور). وعملًا بنص المادة ١٨ من الدستور يتصل رئيس الجمهورية بمجلسي البرلمان من خلال رسائل يوجهها لهما.

أشكالها، ويندرج في إطار صورها، أن يعمل البرلمان إلى جانبه، داعماً إياه بكل الوسائل التي يملكها، ومن بينها الحقائق التي يقدمها إلى رئيس الجمهورية كي يتخذ علي ضوئها، أكثر التدابير مناسبة للأوضاع القائمة.

فلا يكون البرلمان إلا الواجهة الخلفية لرئيس الجمهورية، لا لينفرد بالسلطة -استقطاباً لها وتسلطاً عليها أو بها- وإنما ليباشرها في حدود أمانة لا تخل بقوة الردع في مواجهة هؤلاء الذين يعمدون إلى الإضرار باستقلال الدولة؛ أو الانتقاص من تكامل إقليمها؛ أو الانتقاض على وحدة شعبها؛ أو الإخلال بتعهداتها الدولية؛ وبما يعوق سلطاتها الدستورية عن العمل في صورة منتظمة<sup>(١)</sup>.

(١) Jean Chatelain, Professeur émérite à la université de Paris(1), in la constitution de la republique francaise (analyses et commentaires) 2e edition, pp. 541-553; Georges Berlia, le contrôle du recours à l'article 16et de son application, Revue de Droit Public. 1962, p. 288; George Morange, le contrôle des decisions prise au titre de l'article 16, Dalloz, 1962, Chronique XV111, p. 109; la documentation francaise, textes et documents sur la pratique institutionnelle de la ve republic. pp.113et à 120; Avis et débats du comité consultatif constitutionnel (travaux préparations de la Constitution) la documentation Française, 1960).

### المبحث الرابع

#### تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

#### من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها

٥٤٢- لا شبهة في أن تأسيس سلطة رئيس الجمهورية في موضوع معين على نص في الدستور، أفضل من ممارستها بغير نص.

كذلك فإن مجاوزة رئيس الجمهورية حدود ولايته التي بين الدستور تخومها، وإن دل على اغتصابه السلطة وانتزاعها بغير حق؛ فإن وجود نص في الدستور يحدد أغراضا بذواتها يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطاته الاستثنائية وفقا لحكم المادة ١٦ المشار إليها، مبررٌ له ضرورة تقيده في ممارستها بهذه الأغراض عينها. فإن جاوزها رئيس الجمهورية، كان ذلك انحرافا بالسلطة عن أهدافها.

ولا جرم في أن لنص المادة ١٦ من الدستور فائدة عملية من ناحيتين:

أولاهما: أنها تكفل لرئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الملائمة، لإجهاض فتنه قبل استفحال دائرتها، ولتعتيقها في أسبابها وسحقها بعد البصر بعواقبها.

ثانيهما: أنها تكفل تكتل المواطنين حول الشرعية الدستورية التي يعتبر رئيس الجمهورية رمزا لها. فلا يتصللون من التدابير التي يتخذها لدعمها، ولا يفتنون بالجهود التي يبذلونها عن واجبه في محق كل عدوان على هذه الشرعة.

بيد أن لنص المادة ١٦ من الدستور خطاياها، وأبرزها تجميعها كل مظاهر السلطة الاستثنائية في يد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قمعية أو وقائية في طبيعتها؛ بعيدة في مداها من جهة نطاقها؛ خطيرة في آثارها من ناحية مساسها بحقوق المواطنين وحرياتهم بصورة جوهرية.

وكثيرا ما تنقد هذه التدابير تناسيها مع نوع وحدة المخاطر التي تقابلها وتواجهها.

وقد بصور رئيس الجمهورية -ومن أجل الإقناع بالتدابير التي لارتأها- الأوضاع القائمة على غير حقيقتها، وبما يكتل تزييفها تشويها لها.

وأنه يستصم رئيس الجمهورية بمفاهيم الردع التي لا تقتضيها الضرورة، فلا تكون التدابير التي اتخذها غير خطوة دراماتيكية لا محل لها.

وقد يعمد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قاسية يتخذها، إلى تأكيد سلطته حتى تتمحور الدولة بكل سلطاتها وتوجهاتها من حوله، فلا تتصاع أجهزتها لغير أوامره تتلقاها صاغرة، بما يجعل استكانتها حلقة في ديكتاتورية بغیضة لا مكان فيها للتعددية بكل أشكالها وقيمتها.

وإذا كان الأصل في التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في نطاق المادة ١٦ من الدستور، ألا توجهها العوامل الشخصية، فإن المصالح الضيقة لا يجوز كذلك أن تكون باعها.

وما نراه في نص المادة ١٦ من الدستور، وما يقابلها من النصوص في الدساتير الأخرى كنص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية، أن من يباشرون السلطة الاستثنائية التي تخولهم إياها هذه النصوص، قد ينحرفون بها عن أهدافها الرئيسية، فلا يلتزمون في مباشرتها بحدود هذه السلطة، وإنما يعبرون من خلالها عن إرادة القهر والطغيان التي لا تتفتح بها الشرعية الدستورية طرائقها ومناهجها، وإنما تتخلق أبوابها، وربما بصورة نهائية وكاملة.

فالمسلطة حدّها السلطة التي تقابلها. وهي في مقابلتها لها توازنها وتقوم اتجاهها وتردها إلى صوابها.

والذين يقولون بالعصمة من الخطأ في كل رئيس للجمهورية، يفترضون كمال النفس الإنسانية، واستواءها دوماً على الحق، وهو افتراض تنقضه الحقائق التاريخية.

وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير لا تتحمل التأخير، ولها من الحسم ما يؤكد فعاليتها، فإن سلطاته هذه لا يجوز بالضرورة- أن يقيما نص عريض في معانيه، مفرط فلي أبعاده، كنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي.

ولئن جاز القول بأن الأغراض التي تتوخاها هذه المادة لها من نبلها وسوائها ما يجعلها قيدا على السلطة الاستثنائية التي يباشرها رئيس الجمهورية لتحقيقها، إلا أن مجرد تركيز هذه السلطة في يد رئيس الجمهورية، يثير شهوة تحريفها للخروج بها عن أهدافها.

كذلك فإن مجرد إبطال تلك المادة برأسها فيما بين نصوص الدستور، يولد الانطباع بالأهمية البالغة لمركز رئيس الجمهورية باعتباره نقطة الارتكاز في الدولة، وواسطة عقدها، وبؤرة اهتماماتها، ومعقد كل أمر يتصل بها.

فلا تكون غير إغواء بمزيد من السلطة يطلبها رئيس الجمهورية ويستحوذ عليها، ليظهر نص المادة ١٦ من الدستور -ومن خلال تطبيقه- باعتباره مرتبطا بالأوضاع الاستثنائية برابطة مصطنعة لا حقيقية.

ومن ثم تلقى هذه المادة ظلها حتى في الأوضاع الطبيعية التي لا تخالطها مخاطر أيا كان نوعها. وبها يكون رئيس الجمهورية شبيها بالقلاع التي يتخذ اقتحامها. يؤيد ذلك، ما وقع من تمرد من بعض فرق الجيش الفرنسي في الجزائر. فقد ألقى هذا التمرد من قدر رئيس الجمهورية بعد أن واجهه بنص المادة ١٦ من الدستور التي أفاد رئيس الجمهورية من تطبيقها في تأكيد سلطته أكثر من إسهامها في إخماد التمرد، ورد الأمور إلى نصابها. ذلك أن هذا التمرد كان خائبا، مفتقرا إلى أغلبية شعبية تؤازره؛ وإلى قوة كافية تؤيده.

وكان منطقيا بالتالي أن يصير منتهيا بعد فترة لا تزيد عن أربعة أيام من وقوعه.

ولعل أسوأ مضار المادة ١٦ من الدستور، أنها لا تمهد فقط للسلطة الشخصية، أو تسهل إغراءاتها، أو توفر أسبابها، ولكنها كذلك تكرسها وتحيلها نمطا ثابتا للحياة اليومية، ونهجا مضطردا في بناء مراكز للقوة لا يحميها الدستور؛ وإنما يعتصم بها رئيس الجمهورية ليجد في كنفها الوسائل الكافية لإنهاء كل صراع داخلي بين سلطتين سياسيتين، ولو كان هو إحداهما.

وإذا جاز لرئيس الجمهورية أن يباشر في إطار نص المادة ١٦ من الدستور سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، خطيرة في نتائجها، عميقة في حصادها. فنلك بافتراض استخدامها في الأغراض التي رصدتها الدستور عليها.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يتخذ من مجرد تكوينها في الدستور، مبررا لمحبها إلى أوضاع لا تشعها، وليس لها شيء من خصائص الضرورة الملجئة ومتطلباتها القاهرة؛ كحل أزمة سياسية داخلية تتكفل الوسائل القانونية المعتادة بفضها.

ولئن قيل قديما بأنه كلما كثر الناس أكثر تسليحا، كلما كانوا أقل ميلا إلى استخدام أسلحتهم.  
 Plus les hommes sont armés, est moins qu'ils sont tentés d'user leur armes. إلا أن هذا  
 القول لا يستقيم في إطار نظم ديموقراطية تقوم في جوهرها على الحوار، والتفاهم، وقوة الإقناع  
 بالكلمة، فلا يفرض أحد على غيره إرادة من أعلى، ولو توهم صدارتها.



### المبحث الخامس

نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلاتها

يقوم التشريعية في مدارجها العليا

٥٤٣- تنص المادة ٧٤ من هذا الدستور، على أنه إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات المريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من تاريخ لتخاذه.

وظاهر من نص هذه المادة، أنها مستوحاة من المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، إذ هي الوجهة المقابل لها في دستور مصر. وهي بذلك تطرح عيوبها، وأهمها اتساع عباراتها وتميعها، وغموض صياغتها وتعدد تأويلاتها، وعلى الأكل من جهة نوع ونطاق المخاطر التي يتدخل رئيس الجمهورية بمناستها، لاتخاذ التدابير التي يملكها وفقاً لنص المادة ٧٤ المشار إليها.

٥٤٤- ولعل أبرز مساوئها:

أولاً: أن حكمها لا يقيد رئيس الجمهورية بأخذ رأى جهة سياسية أو قانونية -إيا كان موقعها- فيما يراه من التدبير قبل اتخاذه. وهي لا تعطي المحكمة الدستورية العليا -على الأخص- دوراً استشارياً في شأن هذه التدابير قبل تطبيقها، وإن كان لها بطبيعة الحال أن تفصل في دستوريته بعد صدورها إذا كان لها شكل القواعد القانونية.

ثانياً: كذلك ليس في نص المادة ٧٤ ما يكفل انعقاد السلطة التشريعية بقوة القانون، ولا ما يمنع رئيس الجمهورية من حلها لإنهاء لوجودها إيان مباشرته لمسلطاته الاستثنائية التي يؤسسها على نص الماد ٧٤ المشار إليها.

وهي بذلك سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، عميقة أغوارها، خطيرة في آثارها.

ولا يعتبر الاستفتاء المنصوص عليه في المادة ٧٤ من الدستور قيدا حقيقيا عليها.

فلك أن نص هذه المادة، وإن ألزم رئيس الجمهورية بعرض التدابير التى اتخذها على المواطنين لاستفتائهم فى القبول بها أو برفضها، إلا أن الاستفتاء فى الدول النامية، كان دائما تعبيرا هوجائيا عن إرادة المواطنين الذين يعطون أصواتهم للتدابير التى يعرضها عليهم رئيس الجمهورية بغير بيان كامل يحيطهم بحقيقة مضمونها؛ ونطاق الآثار القانونية التى ترتبها وتؤثر فى أنماط حياتهم.

فلا يكون قبولهم بها بعد إدراكهم لحقيقتها، مما يثير شكوكا جوهرية حول حقيقة رضائهم عنها.

ثالثا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور لا يخول رئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة أية مخاطر من شأنها الإخلال بتعهداتها الدولية -ولو كان من بينها ما يتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية- -والتي ما توحى التصديق عليها، أو الانضمام لها ونشرها فى الجريدة الرسمية، غير تطبيقها فى النطاق الداخلى.

كذلك فإن من صور التعاقد الدولى ما يتعلق بالعلاقات بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون النكول عن تنفيذ المعاهدة أو وقفها بصفة مؤقتة أو إلغاؤها بعمل منفرد غير تقرير لمسئوليتها قبل الدول أطرافها.

وقد يثير الإخلال بصور التعاقد هذه، أشكالا من الصراع بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون توقيها بكل الوسائل، غير ضرورة يقتضيها ضمان استقلال مصر وتكامل إقليمها.

رابعا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور يجيز التدخل بالتدابير الاستثنائية كلما قام خطر يهدد الدولة سواء تعلق بالوحدة الوطنية لشعبها، أو بسلامتها أو بتعويق مؤسساتها عن أداء دورها المقرر دستوريا.

بما مؤده من ناحية جواز التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة كل خطر أيا كان مداه، ولو لم يكن هذا الخطر جسما ومباشرا؛ وهما شرطان تطلبتهما المادة ١٦ من الدستور الفرنسى فى مجال تحديدها لنوع المخاطر التى تستكهن تطبيقها.

وكذلك فإن مفاد نص المادة ٧٤ من دستور مصر، أن كل خطر يتعلق بالوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، يعتبر كافياً لاتخاذ التدابير الاستثنائية لمواجهة، ولو لم يكن من شأن هذا الخطر انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية. وهو ما يناقض نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي لا تنكث في تطبيقها بوقوع مخاطر جسيمة ومباشرة يتهدد بها استقلال الجمهورية أو تكامل إقليمها أو تنفيذها لمتعهداتها الدولية، بل يتعين كذلك -وكشرط إضافي- أن يكون هذا التهديد، مؤدياً إلى انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية.

خامساً: أنه بينما حرص نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي على أن يحدد الأغراض التي لا يجوز أن تعمل عنها التدابير الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية، فحصرها في تلك التي تعود بها كل سلطة دستورية عامة -ودون ما إبطاء- إلى مباشرة وظائفها؛ فإن نص المادة ٧٤ من دستور مصر خلا من كل تحديد للأغراض النهائية التي يتعين أن يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطته الاستثنائية المقررة بموجبها.

سادساً: وأياً ما كان الأمر، فإن السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، لا مقابل لها في الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١، وإن كانت تعمل في إطار الحقوق العريضة التي خولها هذا الدستور لرئيس الجمهورية، والتي يندرج تحتها نص المادة ٧٣ من الدستور -التي تمهد للمادة التي تلتها- فيما تقرره من أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية، وأنه مسئول عن السير على تأكيد سيادة شعبها، وحماية وحدته الوطنية، والعمل على احترام الدستور وسيادة القانون.

ومن ثم تعمل هاتان المادتان في إطار منظومة متكاملة غايتها تعظيم دور رئيس الجمهورية، باعتباره محور الدولة يرأسها، ويحفظ كيانها ويصون وحدتها، في إطار من الدستور وسيادة القانون.

سابعاً: وفي إطار نص مهمل كخص المادة ٧٤ من الدستور، يتعين أن يرتبط تطبيقه بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن المخاطر التي تستتبع تطبيقها، يتعين أن تكون جسيمة في نوعها، عريضة في آثارها، فلا ينتحلها رئيس الجمهورية أو يتوهمها.

٢. أن لجوء رئيس الجمهورية إلى سلطته الاستثنائية لرد هذه المخاطر، يفترض أن تقصو الوسائل القانونية المعتادة عن مواجهتها.

٣. يتعين أن تكون التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، ملجئة في دواعيها موقوتة في زمنها؛ مقيدة بالأغراض التي تستهدفها؛ وقائمة على المفاضلة بين صونها لحقوق الأفراد وحرياتهم. فلا تصدر هذه التدابير عن الأهواء الشخصية، ولا تتمحض إسرافاً في اللجوء إلى القوة من خلال تدابير قمعية لا ضرورة لها.

٤. يتعين النظر إلى المخاطر التي يتدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها بالتدابير التي يتخذها، على أنها من طبيعة استثنائية مردداً إلى جسامتها، وتعذر التحوط لها قبل طروئها.

ولا كذلك ما يكون مألوفاً من المخاطر، ولا ما يكون وقوعها تخيلاً أو تجسماً لها. وتبطل بالتالي التدابير التي يتوكل بها رئيس الجمهورية، مواجهة مخاطر لا تزيد فرص تحققها على مجرد الاحتمال. وإنما يتعين التيقن من قيام هذه المخاطر بما يؤكد أو يرجح وقوعها، وبظهورها في ثوبها الحقيقي كمخاطر داهمة تؤثر بصورة عميقة في الأوضاع القائمة، كصراعٍ مرير يبين فرق من الجيش، أو نزاع عريض فيما بين المواطنين يتصل بمقائدهم الدينية بما يهدد الوحدة الوطنية.

٥. لا يجوز أن تنفصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية، عن نوع المخاطر التي تواجهها. ذلك أن هذه التدابير من طبيعة استثنائية. ويتعين أن تقابل مخاطر من جنسها. ولا يعتد بالتالي في تحققها أو تخلفها، بمعايير شخصية. وإنما تشكلها ضوابط موضوعية، أهمها قدر حدتها، وتأثيرها المباشر على الأوضاع القائمة تغييراً لها أو انقلاباً عليها.

وبتعبير آخر لا تتحقق الصلة بين الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها المخاطر، والتدابير التي تجابهها، إلا بشرطين:

أولهما: أن تكون هذه التدابير مستلزمة في دوافعها حقائق هذه المخاطر ومواجهة الآثار التي ترتبها، وكافية لاقتلاع شرورها وإنهاء أزماتها بما يكفل تناسبها معها.

ثانيهما: أن تنقسم التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -فى النطاق المتقدم- بوحدة هدفها ممثلاً في إعادة الأوضاع التي صدعتها هذه المخاطر، إلى حالتها الطبيعية بغير إبطاء. وجاز بالتالي فرض قيود جبرية على بعض المواطنين لتحديد إقامتهم في غير الأحوال المنصوص عليها في القانون؛ أو مصادرة رسائلهم أو الإطلاع عليها بغير أمر قضائي؛ وساغ أيضاً إنذار كل صحيفة أو وقفا أو تعطيلها، إذا كانت تعرض على الفتنة، وترتفع أفعال المتمردين وتشجعهم على العصيان.

فذلك كله مما يدخل في نطاق التدابير الاستثنائية التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية، بشرط تقيدها بالأغراض التي تستهدفها هذه التدابير. فلا تكون أغراضها هذه، إلا قيوداً قانونية -لا سياسياً- عليها. فإذا جاوزها رئيس الجمهورية، كان تصرفه تحرفاً خطيراً بالسلطة.

٦. يتعين أن يكون لزوال المخاطر التي واجهها رئيس الجمهورية، حداً زمنياً نهائياً للتدابير التنظيمية التي تصدر في شكل قواعد قانونية حتى لا تتحول سلطة رئيس الجمهورية الاستثنائية -وهي موقوتة بطبيعتها- إلى سلطة دائمة.

ولا كذلك التدابير ذات الطبيعة الشخصية الاستثنائية التي تعتبر كذلك بالنظر إلى تعلقها بأشخاص بذواتهم طبيعيين أو اعتباريين -كان لهم دور فاعل في تأجيج المخاطر وتفاقمها وإنكاء لهيبها<sup>(١)</sup>. ذلك أن من المتصور بقاء هذه التدابير حتى بعد زوال الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها. فلا يكون الجزاء على أفعالهم، أو محاكمتهم عنها، منتهياً بانتهاء المخاطر.

٧. لأن كان قرار رئيس الجمهورية باللجوء لنص المادة ٧٤، لا يجوز أن يطرح للاستفتاء، ولا أن يرجع قضائياً باعتباره من أعمال السيادة<sup>(٢)</sup>، إلا أن التدابير التي يتخذها في نطاق هذه السلطة الاستثنائية، رأياً كان مضمونها -لا يجوز إعفاؤها من الرقابة القضائية، سواء تعلق الأمر بالفصل في دستوريتها أو بمطابقتها للقانون. ذلك أن هذه التدابير التي وصفها المادة ٧٤ من الدستور <بالإجراءات المريعة لمواجهة الخطر>، وإن تعين عرضها على المواطنين

(١) يتخذ رئيس الجمهورية التدابير الفردية في مواجهة أشخاص كان لهم دور في إنكاء الفتنة وتأجيجها والعمل على توسيع دائرتها. فلا تكون هذه التدابير غير جزاء على أفعالهم.

(٢) شأن هذا القرار في ذلك، شأن قرار إعلان حالة الطوارئ طبقاً لنص المادة ١٤٧ من الدستور، فكلاماً من أعمال السيادة.

لاستقائهم فيها خلال ستين يوما من تاريخ اتخاذها، إلا أن هذا الاستفتاء لا يصحح عوارا أصابها، ولا يزيل موهبتها، ولا يقلبها إلى تدابير موافقة للدستور والقانون.

ومن المفترض أن يبدأ سريان ميعاد الستين يوما من تاريخ آخر إجراء (تدبير) اتخذته رئيس الجمهورية لمواجهة الخطر، إذ لو قبل بعرض هذه التدابير على المواطنين -واحدًا واحدًا- لاستقائهم فيها، لوقع الاستفتاء في شأن كل تدبير على حدة، وهو مالا يتصور لأمرين:

أولهما: أن إجراء الاستفتاء أكثر من مرة، صعوبة عملية تثير اضطرابا في الحياة السياسية التي يراد إعلانها إلى طبيعتها.

ثانيهما: أن عرض هذه التدابير في مجموعها على المواطنين، يعطي صورة إجمالية عنها، هي التي يدخلونها في اعتبارهم عند عرض تلك التدابير عليهم لإبداء رأيهم فيها. لا تميز في ذلك بين تدابير من طبيعة فردية، وتدابير من طبيعة تنظيمية لها خصائص القواعد القانونية.

ذلك أن التدابير التنظيمية، وإن كانت أكثر خطرا من ناحية اتساع دائرة المخاطبين بها وتعمد تطبيقها؛ إلا أن التدابير الفردية تعتبر "إجراء" في مفهوم نص المادة ٧٤ من الدستور. ويتعين بالتالي عرضها في الاستفتاء بالنظر إلى عموم نص المادة ٧٤ المشار إليها التي لا يجوز تخصيص حكمها.

وما يقال عن تضال أهمية التدابير الفردية، مردود بأنها قد تتناول قطاعا عريضا من المواطنين، لتصيبهم في حرياتهم أو في حقوقهم التي كفلها الدستور، مثيرة بالتالي غضبا قوميا عارما.

٨. وكلما رفض المواطنون التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية -كلها أو بعضها- بعد عرضها عليهم في الاستفتاء، اعتبر ذلك إنهاء لآثارها من وقت اعتراضهم عليها. وبظل للمحاكم النظر في كافة الآثار المترتبة على تطبيقها قبل رفضها في الاستفتاء، لتقدم الترضية القضائية الملائمة في شأنها إن كان لها محل.

كنكك فإن قبول المواطنين في الاستفتاء للتدابير التي عرضها عليهم رئيس الجمهورية، وإن كان يبقئها بكل آثارها ويصححها منذ صدورها، إلا أن شرعيتها لا تستقر بصفة نهائية إلا بعد أن

ترفض السلطة القضائية الطعون الموجهة إليها بعد عرضها عليها من خلال الخصومة القضائية. وهو ما قررت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "مستورية" من أن الترخيص بنص المادة ١٥٢ من الدستور لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقر أهميتها على هيئة الناخبين لاستفتاءهم فيها، لا يطهرها من عيوبها، ولا يجوز أن تتذرع به السلطة التنفيذية لنقض قواعد الدستور أو مخالفتها<sup>(١)</sup>. ومن ثم يظل كل عوار اتصل بهذه التدابير، كامناً فيها حتى تفصل السلطة القضائية في أمر<sup>(٢)</sup>.

٩. تعتبر الرسالة التي يوجهها رئيس الجمهورية إلى مواطنيه في شأن الأوضاع الاستثنائية التي يواجهها الوطن، وقدر تهديدها لوحدة الوطنية، أو إضرارها بسلامته، أو توقيفها لمؤسساته، شرطاً شكلياً لازماً بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، مضافاً إلى شرط شكلي آخر هو الاستفتاء على التدابير التي قارنتها.

وهو يعلن رسالته هذه للجمهور بعد اتخاذ هذه التدابير، وقبل عرضها في الاستفتاء، حتى تكون على علم بها قبل تقييمها لها.

ولا يجوز بالتالي أن تجهل رسالته إليها، بالصورة الحقيقية للأوضاع الطارئة، ولا أن تسقط ما هو هام من التدابير التي اتخذها، ولا أن تتناولها في صورة إجمالية لا تنصح عن حقيقتها. بل يتعين أن يكون بيانها جلياً وإن لم يكن بالضرورة تفصيلياً.

وإنشاء رئيس الجمهورية مواطنيه بالتدابير التي اتخذها أو استفتاءهم عليها، قلما يكون مفيداً في كبح سلطاته الاستثنائية أو تقييدها. ذلك لأن رسالته إليهم قد نجسم المخاطر بما يبعد بها عن حقيقتها. وهي تصور التدابير التي اتخذها لمواجهة الخطر، بما يهون من شأنها، ويقال من وطأتها حتى لا تظهر في كامل أبعادها. وقد يصوغ هذه الرسالة على نحو يحمل معانيها بأكثر من تأويل. وكثيراً ما يوجزها لإخفاء حقائق لا يريد الإعلان عنها. وهي بعد تدابير لا تراقبها السلطة القضائية - غالباً - إلا بعد اكتمال تنفيذها واستفادها لأغراضها، فلا يكون أمام المضروبين منها غير الحق في التعويض عنها.

(١) صدر هذا الحكم بجلستها المقودة في ٢١ يونيو ١٩٨٦. ونشر في ٣٥٢ من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة، أنظر كذلك مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري - منشأة المعارف ١٩٨٥ - ص ٤٢٢.

(٢) محكمة القضاء الإداري - الدعوى ١٦٥٧ لسنة ٣٦ ق الصادر عنها في ٢٩ يونيو ١٩٨٢.

١٠. وما يقال عن أهمية الاستفتاء وضرورته لإضفاء الشرعية على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية، مرنود بأن الاستفتاء عليها في الدول النامية لم يسفر يوما عن رفضها. فلا يتمحض إلا عن قبول مطلق لها، ولو بتحويل إرادة هيئة الناخبين من خلال تحريفها.

ومن ثم ينحل -في ظاهره- إلى تفويض مطلق لرئيس الجمهورية في مباشرة سلطاته الاستثنائية، وكأن المواطنين يمهلونها بخاتمهم. وتلك صورة خادعة من الإجازة غير المشروطة التي لا يرد قيد عليها.

١١. لا يجوز النظر إلى أثر المخاطر باعتباره منفكا عن وجودها؛ ولا اللجوء لنص المادة ٧٤ من الدستور توكيفا لمخاطر يحتمل وقوعها.

ذلك أن تطبيقها مشروط بطول المخاطر لا بتراخيها. فإذا لم يكن الخطر حالا ومباشرا أو كان محدود الأثر، أو كان غير متعلق بالمصالح التي حصرتها وكفلتها المادة ٧٤ من الدستور<sup>(١)</sup>، بطل التخرج به لتطبيقها.

١٢. لا يجوز أن تصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -في مداها- إلى حد تعديل قواعد الدستور بما يغير بنيانها.

ذلك أن تطبيق نص المادة ٧٤، يفترض طروء عارض على الدولة يخل به نظامها محددا على ضوء قواعد الدستور المعمول بها. فإذا تدخل رئيس الجمهورية لتحويل قواعد الدستور عن طريق تعديلها، كان ذلك انحرافا عن هذه القواعد التي تعتبر الإطار الوحيد للشرعية الدستورية، والتي ما تدخل رئيس الجمهورية أصلا لصونها، إلا من خلال نص في الدستور هو نص المادة ٧٤.

كذلك ليس من شأن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار نص المادة ٧٤ من الدستور، الإخلال بالقيم الجوهرية التي يحتضنها الدستور، والتي يندرج تحتها افتراض البراءة، ومبدأ شخصية العقوبة؛ وامتناع افتراض المسؤولية الجنائية؛ أو تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي؛

(١) هذه المصالح هي ضمان الوحدة الوطنية وسلامة الوطن وأداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري.



أو بخير قانون أو دون مراعاة حدوده؛ أو حظر تفريد العقوبة بما يحتم توقيعها بألية صماء لا تأخذ في اعتبارها أوضاع المذنبين وظروفهم لتصبهم في جمود قوالبها وكأنهم لا يختلفون فيما بينهم.

ويناقض هذه القيم كذلك كل عدوان على الحق في الحياة؛ أو إهدار حرية العقيدة؛ أو الإخلال بالحق في الدفاع؛ أو حمل الشخص على أن يشهد بما يدينه؛ أو انتزاع أقواله التي لا يريد الإفصاح عنها؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ أو تقييد حريته بغير حق، أو الحط من كرامته؛ أو تعذيبه؛ أو توقيع عقوبة عليه تكون ممعنة في فسوتها، أو مجاوز في شذوذها كل منطق؛ أو التمييز بين المواطنين دون مبرر في مجال تطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ٧٤ من الدستور؛ أو مصادرة أموالهم بما يسعها في كل مفرداتها؛ أو عزلهم سياسيا عقابا لهم على دورهم في إيقاد جذوة المخاطر، أو التمهيد لها أو الحض عليها؛ أو إعدامهم عن مصر أو منعهم من العودة إليها.

ومرد ذلك أن هذه القيم الجوهرية لها من رسوخها واستقرارها في الضمير الجمعي وفسى الدول الديمقراطية جميعها، ما يؤكد ثباتها وأطراف تطبيقها.

وهي كذلك وثيقة الصلة بالذمة الفرد وكرامته، وهي الأصل في كافة حقوقه وحرياته. وعلاها على الدساتير لا يقل جدلا. وإطلاقها يحول دون تقييدها.

ولأنها -حقوق ما تقدم- من الحقوق الطبيعية الأسبق وجودا من انخراطهم في أية صورة من صور التنظيم الاجتماعي -بدءا من الأسرة وانتهاء بالدولة- فلا يجوز للزول عنها أو تحريفها.

١٣. يتعين دوما أن ترتبط التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -عقلا- بأهدافها، وأن يكون التدخل بها دون إبطاء، وإلا استقبل الخطر وتعاطم مداه.

١٤. ليس في نص المادة ٧٤ من الدستور، ما يعطل أو يقيد سلطة البرلمان، بشرط ألا يخل تدخله بانفراد رئيس الجمهورية بالسلطة الاستثنائية التي يتلقاها مباشرة من نص هذه المادة ذاتها.

وليس للبرلمان بالتالي أن ينازع رئيس الجمهورية في تقديره تحقق المخاطر التي تستتضئ تطبيقها أو تخلفها؛ وما يكون ملائما من التدابير لمواجهةها.

ولا يقتصور بالتالى أن يباشر البرلمان دورا تشريعيا أو رقابيا فى كيفية استخدام رئيس الجمهورية لسلطته الاستثنائية، إلا بعد زوال المخاطر من منبتها. ولقتلاعها من جذورها. ذلك أن اجتنائها بعيد الأوضاع إلى حالتها السابقة على نشونها. ويرد إلى البرلمان كامل ولايته التى قبضتها السلطة الاستثنائية التى باشرها رئيس الجمهورية إبان قيام المخاطر.

وللبرلمان بالتالى أن يعد النظر فى كافة التدابير التى اتخذها، وأن يعمل على تقييمها من منظور موضوعى، ولو اقتضاء ذلك إلغائها أو تعديلها.

١٥. يتعين التمييز بين ما يعتبر من التدابير تنظيمية أو فردية على ضوء معيار موضوعى يعتد بمادتها أو موضوعها.

فما يتخذ منها شكل القواعد القانونية فى عمومها وتجردها، يعتبر إجراء تنظيميا.

وما يتعلق من صورها بمراكز ذاتية، يعامل باعتباره إجراء فرديا.

ذلك أن نص المادة ٧٤ من الدستور يركز السلطة ويمنحها فى شخص رئيس الجمهورية. وهو يصدر التدابير جميعها. فلا يكون تطبيق المعيار الشكلى بشأنها للتمييز بين ما يكون منها تنظيميا أو فرديا، متصورا، إذ يعتد هذا المعيار - فى مجال هذا التمييز - بالجهة التى صدر عنها الإجراء، وهى فى هذا الفرض جهة واحدة، هى السلطة التنفيذية التى يأتى رئيس الجمهورية فى قمته.

١٦. أن التنظيم من التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، مقصور على محكمة التمييز عملا بنص المادة ٣٤ من قانون حماية القيم الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠، والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر هذا التنظيم - على ما قرره المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية "تتارع"<sup>(٢)</sup> - تنظما إداريا، وإنما ينحل إلى خصومة قضائية بمعنى الكلمة عهد المشوع

(١) لضاف هذا القانون إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب، بنذا جديدا برقم خامسا، مقتضاه اختصاص محكمة التمييز دون غيرها بالفصل فى التنظيمات من الإجراءات التى تتخذ وفقا لنص الماد ٧٤ من الدستور.

(٢) صدر حكم المحكمة الدستورية العليا فى جلستها المعقودة فى ١٩٩٢/٣/٧ - قاعدة رقم ٧ - ص ٤٢٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بالفصل فيها إلى محكمة القيم استثناء من أصل خضوع المنازعات الإدارية جميعها لمحاكم مجلس الدولة التى تختص أصلاً بالفصل فيها بوصفها قاضيتها الطبيعي.

ومن البدء، فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم، يتطرق بحلول محكمة القيم محل محاكم مجلس الدولة فى الفصل فى أنواع من المنازعات الإدارية، هى التى تتعلق بمشروعية كل إجراء يصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور إذا تمحض هذا الإجراء قراراً إدارياً. فإذا كان قراراً تنظيمياً عاماً، تمحض عن قواعد قانونية تتولى المحكمة الدستورية العليا -دون غيرها- الفصل فى دستوريتها وفقاً لقانونها<sup>(١)</sup>.

---

(١) على أن محكمة القيم تظل محكمة موضوع. ومن ثم ينحصر دورها -إذا ما عرض عليها نزاع يتطرق بأحد التدابير التنظيمية التى اتخذها رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ٤٧ من الدستور- فى أن تقرر جدية الدفع بعدم دستوريته، ولأن تحليل بعد ذلك النصوص المطعون عليها إلى المحكمة الدستورية للفصل فى دستوريته إذا قدرت جدية هذا الدفع، أو أن ترجع للخصم برفع الدعوى بذلك إلى المحكمة الدستورية العليا (انظر رسالة الدكتوراه الأستاذ سمير على عبد القادر وموضوعها السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية. وكذلك رسالة الدكتوراه الأستاذ جدى ثابت غبريال فرج وموضوعها سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور المصرى والرقابة القضائية عليها).

### الفصل الثاني

### السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفي

#### المبحث الأول

#### علتها

٥٤٥- تقول المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>، إن المصالح المعتبرة شرعا هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة الإسلامية، متلاقية معها. وهي بعد مصالح لا تنتهي جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد مضمونا ونطاقا- على ضوء أوضاعها المتغيرة. وكثيرا ما كان الصحابة والتابعون يشرون أحكاما لا دليل على اعتبارها أو إلغائها، متوخين بها مطلق مصالح العباد، جلبا لنفعهم، أو دفعها لضررهم، أو رفعا للحرَج عنهم. وهم يصدرون في ذلك عن قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" وما جعل الله عليكم في الدين من حرج؛ وكان ذلك مؤداه أن الناس لا ينبغي أن تنتظمهم قواعد موحدة تحكمهم في كل أحوالهم وأوقاتهم؛ وأن عسرهم يفضي إلى تقرير قواعد تيسر عليهم، ولا تزيد من مشقتهم؛ وأن تكليفهم بما في وسعهم، صون لحدود الاعتدال التي يناقضها إيقاعهم في الحرَج، أو الحمل عليهم لإزهاقهم؛ وأن المؤمنين على ضوء ما تقدم، رحماء بعضهم لبعض لا يتتأخرون إفكا، ولا يتقلبون بغيا، ولا يفاضلون بين أمرين إلا باختيار أهونهما ما لم يكن إثمًا حتى لا يضلوا بأهوائهم.

وحق القول بأن أحوال الناس في ضيقهم، تفارق أحوالهم في سعتهم؛ وأن القواعد التي تحكم ظروفهم الطبيعية، غير تلك التي تنظم أحوالهم للضاغطة؛ وأن ما يجوز عند الضرورة، يكون محظورا حال زوالها؛ وأن المخاطر التي تحقق بهم لا يجوز أن تتفاقم أضرارها؛ وأن مواجهتهم لها، ضمان لحصر ضرورها؛ وأن تسليهم من السيطرة عليها، مؤد لاتساع دائرتها؛ وأن ما يجوز لهم أن يأتوه في حياتهم اليومية برتابتها وسكينتها، ينبغي أن يتجنبوه إذا دهمهم الخطر وأحاط بالدولة التي تضمهم إليها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جملة ١٩٩٦/١/٦ - قاعدة رقم ٢٠ ص ٣٤٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ذلك أن إفزاعهم يثير اضطرابها ويبدد هدوءها. ولأنهم يلوذون بها، فإن عليها أن تعتصم بعناصر القوة التي تملكها، وأن توجهها لصون مصالحهم الحيوية التي اقتحمها الخطر، وهددها.

وعناصر القوة هذه، هي سلطاتها الاستثنائية التي ترد بها عنها مخاطر دهمتها، إما كان مصدرها أو سببها. فجميعها سواء فيما تلحقه بها من مضار لا يستهان بها، وتصل في عمقها إلى حد الإخلال بوحدة شعبها، أو بتكامل إقليمها، أو بغير ذلك من ركائز بنيانها.

ومن ثم تمتاز هذه المخاطر بقل وطأتها؛ ويتمتع توقعها؛ وبحلولها لا بتراخيها؛ وبإخلالها المباشر بمصالح لا يجوز النزول عنها، أو التضحية بها، لاتصالها - في واقعها - بوجود الدولة في ذاتها، أو بمطالباتها في الأمن والاستقرار؛ أو بحاجتها إلى المضي قدما فيما يعود بالنفع العام على مواطنيها.

ومن ثم كان إبطال هذه المخاطر، مقتضيا دفعها بالوسائل التي تناسبها، والتي تنهيها بها فرص إجهاضها. فلا تكون هذه الوسائل هي ذاتها التي تلتزمها الجماعة في ظروفها الطبيعية التي قد تلبسها أحيانا مخاطر محدودة آثارها لا تتعرض بها حياتها.

وإنما هي المخاطر الملتهبة التي تصر أمرها، فلا تتدها غير طرائق توازينا في حثها، لتضييها في جنورها ومنايبتها بقصد اقتلاعها.

ولا يتصور بالتالي أن تتراخي تلك التدابير لتتقد بأسها، ولا أن تكون هوانا بما يضغفها. ذلك أن مواجهتها لمخاطر وخيمة عواقبها، عريضة آثارها، شرطها فعاليتها في دفعها؛ وحزمها في سرعتها؛ وحسن توقيتها لإجهاضها. فلا يكون اللجوء إلى مثل هذه التدابير غير خروج محدود على الشرعية الدستورية في تطبيقها المطردة التي تقم للدولة القانونية ركائزها التي حددتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>>إذ نص الدستور في المادة ٦٥ على خضوع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية حقوق الأفراد وحيرياتهم، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هي التي تنقيد في كافة مظاهر نشاطها - وأيا كان نطاق سلطاتها أو طبيعتها - بقواعد قانونية تعلق عليها، وتكون بذاتها ضابطة لتصرفاتها وأعمالها في أشكالها المختلفة.

ذلك أن السلطة -على حد قول المحكمة الدستورية العليا- لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها. ولئن صح القول بأن حد مشروعية السلطة، أن تكون وليدة الإرادة الشعبية وتعبيراً عنها، إلا أن انبثاق هذه السلطة عن تلك الإرادة وارتكازها عليها، لا يفيد بالضرورة أن من يمارسها غير مقيد بقواعد قانونية تكون عاصماً من جموحها، وضماناً لردّها على أعقابها هي جاوزتها>>.

<<وكان حتماً بالتالي أن تقوم الدولة القانونية في مضمونها المعاصر -على الأخص في مجال توجيهها نحو الحرية- على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومعرزاً بمبدأ الخضوع للقانون، باعتبارهما مبدئين متكاملين لا تقوم بدونها الشرعية الدستورية في أكثر جوانبها أهمية؛ ولأن الدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن في كنفها، الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية. وهي ضمانه تدعمها السلطة القضائية من خلال استقلالها وحصانتها، لتصبح القاعدة القانونية محورا لكل عمل، وحدا لكل سلطة، ورادعا ضد العدوان وفي هذا الإطار، لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرّياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها التي تقبلها الدول الديمقراطية بوجه عام؛ ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها، قيودا تكون في جوهرها أو مداها، مجافية لتلك التي درج للعمل في الدول الديمقراطية على تطبيقها.

بل إن خضوع الدولة للقانون -محدداً على ضوء مفهوم ديمقراطي- مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية، مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، التي تسمو فيها القاعدة القانونية عليها، وتتقيد هي بها(>>).

تلك هي الدولة القانونية بمقوماتها التي حننتها المحكمة الدستورية العليا، وتظل لهذه الدولة مقوماتها هذه -في جوهرها- ولو واجهتها أوضاع استثنائية من جراء خطر فاحش يرهقها ويقتصر مصالحها الأساسية. إذ يقتصر دورها على أن ترد هذا الخطر عنها من خلال تدابير لها من مرونتها وسمعتها ما يؤكد فعاليتها؛ ومن تقيدها بالأغراض المنطقية التي تستهدفها، ما يبرر مشروعيتها؛ ومن ملامعتها لاقامع المخاطر التي تطل عليها، ما يكفل إعتدالها وتناسبها معها.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا تكون هذه التدابير غير وسائل قانونية في أسمها ودوافعها. وتلك هي الشرعية الاستثنائية التي تنظر مع امتناع وعق التدابير التي تتخذ في نطاقها، نظاماً قانونياً ككل الدستور أصله، وحد القانون الضوابط التي يقوم عليها<sup>(١)</sup> وليس لرئيس الجمهورية بالتالي أن يتنزع بأوضاع طارئة -أيما كان قدر حدتها وعصفها بالحقوق- ليشتر بسببها سلطة مطلقة لا عاصم منها، ولا قيد عليها.

ذلك أن انفلاتها من كوابحها مؤداه مجاوزتها حدود القانون، وانحرافها عن أهدافها، وإخلالها كذلك بالقيم الجوهرية التي احتضنها الدستور، كافتراض البراءة، وكالحق في الدفاع، وفي مباشرة الدفاع، وفي مواجهة الشهود؛ وفي إنهاء القيود غير المبررة على الحرية الشخصية.

وتظل الشرعية الدستورية بضوابطها في الأوضاع الطبيعية، هي الإطار العام للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في الأوضاع الاستثنائية، فلا يكون الخروج عليها إلا لضرورة، مردّها أمر عارض تقوم به رخصة دفع المخاطر توفيقاً لحرج تفاقمها واتساع دائرتها، إن لم تواجه بما يلزمها من التدابير؛ وبمراعاة أن حق الدولة في مباشرة رخصتها لا يقل في وجوبه عن مباشرتها لعزائمتها؛ وأن رخصتها يخولها التدخل عند الضرورة لرد المخاطر عنها، من خلال تدابير تزيّد وطأتها ودائرتها على تلك التي تركز إليها في أحوال يسرها.

ومن ثم تعتبر الضرورة عزراً مانعاً من تطبيق القواعد المعتادة للشرعية الدستورية. وهو عزر يزول بزوال الضرورة. ذلك أن ما جاز لضرورة يبطل بزوالها.

كذلك فإن صدور التدابير بغير الضرورة التي تتطلبها، مؤداه أن دفع مخاطر الحالة الطارئة وإن كان واجباً، وكان بقاؤها يعد إهمالاً لا يجوز الوقوع فيه، إلا أن تراحم الأضرار على محبل واحد، يقتضى القول بأهونها توفيقاً لأفدحها؛ والتحمل بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

والدولة بذلك، توازن بين التدابير المختلفة حال تعارضها فيما بينهما، فلا تختار غير أصونها للحقوق، وأقلها تقييداً للحرية، ودون الإخلال بحق المضروبين من هذه التدابير في طلب التعويض عنها.

(١) "المحكمة العليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية - جلسة ١٩٧٦/٤/٣ - من مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة العليا.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الدولة لرد المخاطر الوخيمة عنها، غير تدابير واقعة في نطاق الضرورة التي أجازتها، فلا تزيد على هذه الضرورة، وإنما تناسبها في قدرها.



### المبحث الثاني

#### الحالة الطارئة من حيث مداها

٥٤٦- وفي إطار منظومة التدابير الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً للدستور، جاء نص الماد ١٤٨ منه التي تخول رئيس الجمهورية أن يعلن حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، على أن يعرض هذا الإعلان وجوباً على السلطة التشريعية خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتقرر ما تراه بشأنه. وفي حال حلها يعرض رئيس الجمهورية هذا الإعلان عليها في أول اجتماع لها. ويتعين في جميع الأحوال أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة لا يجوز مدها إلا بموافقة السلطة التشريعية.

٥٤٧- وسواء تعلق الأمر بالتدابير الاستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية بمقتضى نصص المادة ٧٤ من الدستور، أم بتلك التي كفلتها المادة ١٤٨، فإن هذه التدابير ترتبط في مضمونها ومداها، بنوع المصالح التي تحميها، ودرجة الخطر التي تهددها. وقد تبلغ أهمية هذه المصالح حداً يحمل الدستور على بيانها حصراً، فلا يجوز التدخل لحماية غيرها.

كذلك فإن حصر هذه المصالح أو إحصاءها، يفيد بالضرورة تحديد الأغراض التي تستهدفها التدابير التي يتدخل بها رئيس الجمهورية لصونها.

ولا كذلك أن يتجاهل الدستور تحديد المصالح التي تصونها السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية من كل إخلال بها، ولا أن يفوض الدستور المشرع في بيانها بما يطلق يده في مجال تحديدها، ويبسطها في الأعم من الأحوال مما لاء لرئيس الجمهورية ولدعم نفوذه، بما يؤثر سلباً على طبيعة النظم القائمة في الدولة، ولوجه اتفاقها أو اختلافها مع الخصائص الديمقراطية.

٥٤٨- ويبدو ما تقدم جلياً بمقارنة المادتين ٧٤ و١٤٨ من دستور مصر التي تتعلق أولاهما بأزمة عاصفة تحيط بالدولة من جراء خطر حال أحرق بها، وثانيتهما بحالة الطوارئ L'état d'urgence التي اقتصر الدستور على بيان الخطوط العريضة التي تحكمها. وذلك الدستور غير بين هاتين المادتين من النواحي الأتي بيانها.

١. أن أولاهما قاطعة في بيانها لنوع المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها. ولا كذلك ثانيتهما التي جهل الدستور من خلالها بالمصالح التي تحميها حالة الطوارئ بعد إعلانها<sup>(١)</sup>.

٢. أن التدابير التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، تنحصر في تلك التي تكفل مواجهة المخاطر التي تتهدد بها المصالح التي عينتها. ولا كذلك التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها في نطاق نص المادة ١٤٨ من الدستور. ذلك أن دائرة هذه التدابير أو إطارها العام، يحددها المشرع. وهو يحدد كذلك نوع المصالح التي تتدخل هذه التدابير لصونها. ولا يتقيد رئيس الجمهورية - عملا بنص المادة ١٤٨ من الدستور - بغير بيان الفترة الزمنية التي تبقى الحالة الطارئة خلالها، وبعرض قراره بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجل التي حددتها المادة ١٤٨ المشار إليها<sup>(٢)</sup>.

٣. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لرد المخاطر التي تستتبع تطبيق المادة ٧٤ من الدستور، يتلقاها مباشرة من نصها.

فإذا تعلق الأمر بإعلان الحالة الطارئة، فإن نص للقانون هو المصدر المباشر للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تتعلق بهذه الحالة.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بمواجهة المخاطر التي تهدد المصالح التي حددتها المادة ٧٤ من الدستور حصرا، وكذلك قراره بإعلان حالة الطوارئ عملا بنص المادة ١٤٨ من الدستور، يبسطان سلطة الردع التي يخولانها لياه. والفران كلاهما من أعمال السيادة التي لا تجوز مراجعتها قضائيا.

(١)، المصالح التي تحميها المادة ٧٤ من الدستور، هي تلك التي تتعلق بضمان الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو أداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري. فكل خطر يهدد إحدى هذه المصالح، يخول رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر. ولا كذلك نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون. وفي ذلك تفويض من الدستور للمشرع في بيان المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها من خلال حالة الطوارئ التي يعطيها.

(٢) يعرض رئيس الجمهورية قراره بإعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما التالية. ليقرر ما يراه في شأنها. فإذا كان المجلس منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

ولا كذلك التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار هاتين المادتين. ذلك أن خضوعها للرقابة القضائية لا شبهة فيه، وعلى الأخص من جهة الآثار التي تترتبها هذه التدابير في شأن حقوق الأفراد وحياتهم انقلاباً عليها؛ وإهداراً ل ضماناتها المنصوص عليها في الدستور.

### المبحث الثالث

#### الخطوط العريضة للحالة الطارئة

٥٤٩- النصوص القانونية المنظمة للأحكام العرفية -التي تقوم حالة الطوارئ محلها اليوم<sup>(١)</sup>- مرندة بين الدستور والقانون. ذلك أن الدستور لا يحيط بكل تفصيلاتها، وإنما يقتصر على بيان العريض من خطوطها، وعلى الأخص من جهة تحديده للملطة التي تختص بإعلانها، وحصر سريانها في آجال محددة لا تتجاوزها.

وفيما عدا هذه الخطوط العريضة، يتولى المشرع ملء كل فراغ قصر الدستور عن مسده، بما يطلق يده في تقرير نصوص قانونية استثنائية خطيرة في مساسها بحقوق الأفراد وحریاتهم؛ ولا يقتصر مداها على بيان نوع المصالح التي يستتبع الإخلال بها إعلان الحالة الطارئة؛ وإنما تتبسط هذه النصوص إلى حد تفصيل التدابير التي تتخذها الجهة التي عهد إليها المشرع بتنفيذها. ولا تزال حدود هذه السلطة الاستثنائية مختلفا عليها بين الدول بالنظر إلى تفاوتها فيما بينها فسي موقفها من الشرعية الدستورية، وقدر حرصها على التقيد بوجه عام بضوابطها. وهو ما نراه على الأخص في فرنسا ومصر، وهما نموذجان لدولتين تختلفان فيما بينهما في انتهاجهما الديموقراطية أسلوبا وحيدا للحكم، وضمانا نهائيا لسيادة القانون.

### المطلب الأول

#### الأحكام العرفية في فرنسا

٥٥٠- تنص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي -في عبارة مركزة - على أن يقرر مجلس الوزراء بمرسوم، إعلان الأحكام العرفية L'état de sie'ge. ولا يجوز بغير إذن من البرلمان، مد أجلها لأكثر من اثنتي عشر يوما.

L'état de siège est décrété en Conseil des Ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement.

(١) التسمية الصحيحة لحالة الطوارئ، هي حالة الاستعجال L'état d'urgence ذلك أن كل حالة تعرض للدولة، وتهددها في مصالحها، هي من قبيل الأوضاع الطارئة عليها.

وشأن هذه المادة شأن كل السلطات الاستثنائية التي تؤدي بأثرها إلى انبساط قوة الردع التي تملكها الدولة وإلى حلول السلطة العسكرية محل السلطة المدنية فى مجال مباشرة السلطة البوليسية، وعلى الأخص فى مجال التفتيش والإبعاد -وبعد اختصاص المحاكم العسكرية إلى الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة التي يرتكبها المدنيون.

وكان إعلان الحكم العرفي يتقرر من قبل فى فرنسا بقانون يصدر خلال دور انعقاد البرلمان بقصد صون حقوق الأفراد وحرياتهم. فإذا لم يكن البرلمان منعقدا، كان رئيس الجمهورية يعلن الحكم العرفي بمرسوم يصدر بعد أخذ رأى مجلس الوزراء على أن يدعى البرلمان للانعقاد خلال يومين على ما تنص به المادة الثانية من القانون الصادر فى ٣ أبريل ١٨٧٨.

وفى ظل الأوضاع القديمة صدر نص المادة ٣٦ المشار إليها التي نراها خطوة رجعية تترك بها الديمقراطية إلى الوراء، ولو كان لهذه المادة جذورها فى أعماق المواقف القديمة التي لا يصحها استقرارها على نحو أو آخر، ولو جمعها نص المادة ٣٦ المشار إليها فى شكل قاعدة قانونية مجردة لها من عموم تطبيقاتها ما يكتل سريانها فى كافة أحوالها دون قيد.

وأيا ما كان الأمر، فإن للمادة ٣٦ آفة البيان، مبرراتها المنطقية سواء من الناحية السياسية أو القانونية. فمن الإباحية السياسية يفترض إعلان الحكم العرفي تحقق مخاطر فادحة Un Peril extrême داخلية أو خارجية -تتذر بأثارها الوخيمة العاقبة. وهذه المخاطر لها من طبيعتها ما بخول السلطة التنفيذية أن تعلن الحكم العرفي بقرار يصدر عنها ولا يقبل المراجعة القضائية باعتبارها من أعمال الميادة. ذلك أن المقصود أصلا بإعلان الحالة الطارئة، ومواجهته مخاطر لها من طبيعتها وحدتها ما يقتضى دفعها بما يلائمها من التدابير العاجلة، وعلى الأخص إزاء ما نشهده اليوم من تفاقم صور الصراع الداخلى بين أبناء الوطن الواحد، وتنازع توجهاتهم ونزوعهم أحيانا إلى الانفصال واتساع دائرة التقيم الأيدولوجية التي يختلفون عليها، وإمكان لجوئهم فى هذا الصراع إلى وسائل غير قانونية بعيدة فى مداها وآثارها. فلا يكون أمام السلطة التنفيذية -بحكم قوتها وحدتها- غير التدخل لتزود الأمور إلى نصابها بصورة مقكرة، لا توزيها فيها السلطة التشريعية التي تنقسم كثيرا على نفسها بما يجزها من عناصر تملكها. بل إن ترددها فى تقرير الحلول الملائمة لأوضاع حادة، يعجزها عن مواجهتها، لتحل السلطة التنفيذية محلها فيها.

وبذلك آفة الديمقراطية التي لن تؤتى ثمارها يوما، إلا بشرط إيفاء ضماناتها، وتقرير وسائل حمايتها التي تنتهى بها فعاليتها.

ومن الناحية القانونية، فإن الدساتير فى اتجاهها إلى تقوية السلطة التنفيذية فسى مواجهة البرلمان، تميل إلى تقرير النصوص القانونية التي تمنحها مركزا متوقفا. تكون به يدها هى العليا فى مقابلة المخاطر التي تهدد الدولة، ولا تتواصل بها حياتها، أو ينفرد معها نظامها. أو يختل معها تكامل إقليمها.

وهى تواجه هذه المخاطر بوسائلها، ولو كان ذلك عن طريق الحلول محل السلطة المدنية فى مهامها، أو بمجاوزة ضوابط الشرعية الدستورية فى كثير من جوانبها.

ويقيد نص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى من حقوق المواطنين وحرياتهم، من خلال السلطة الاستثنائية التي تمنحها الحكومة لتعميق تدخلها فى شؤونهم. ولم تعد صيغة القانون العرفى فى فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، صيغة ملائمة مما أبدلها بإجراءات جديدة أيسر منها يندرج تحتها:

\* قوانين الحالة الطارئة L'état d'urgence التي كان البرلمان يقترح عليها حتى العمل بالمرسوم الصادر فى ١٥/٤/١٩٦٠ الذى ألغى هذه الضمانة ليجعل إعلان هذه الحالة بمرسوم يتخذ فى مجلس الوزراء على أن يقره البرلمان بعد اثنتى عشر يوما من إعلانها، وبشرط أن يتعلق هذا الإعلان بمخاطر محدقة Peril imminente أو بكارثة وطنية أو بخلل خطير فى النظام العام. وجميعها مخاطر لا شأن للسلطة العسكرية بها، ولكنها تخول العمد اتخاذ تدابير مختلفة يندرج تحتها الاستيلاء والتفتيش أو الاستدعاء ومراقبة وسائل الاتصال، واعتقال الخطرين وتحديد مخالقاتهم.

\* قوانين الاستنفار Mise en garde التي تخول الحكومة حق اتخاذ تدابير استثنائية تعطيلها حرية أكبر فى العمل بقصد تأمين القوات المسلحة فى تحركاتهم وحشد وحداتها.

\* قوانين الدفاع [DOT] *Defence operationnelle du territoire*. وهى لا تتعلق بأوضاع استثنائية، وإنما بصورة من صور الدفاع عن الوطن فى مناطق بذواتها [DOT] بما يخلو للجيش سلطات بوليسية.

وتعدد هذه القوانين موداه، أن تنقد المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى -والى حد كبير- أهميتها؛ وعلى الأخص بعد أن قرر المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٥ يناير ١٩٥٨ أن النص على هذه المادة فى الدستور، لا يبطل أو يمنع غيرها من النظم الاستثنائية التى ينشئها المشرع. ذلك أن سلطته فى تقرير هذه النظم، مرجعها إلى نص المادة ٣٤ من الدستور التى تفرد البرلمان باختصاص تقرير النصوص القانونية فى شأن الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك تحديد ضماناتها الجوهريّة التى تصون مباشرتهم لحريّاتهم العامة<sup>(١)</sup>. وهو ما نراه محل نظر، ذلك أن اختصاص البرلمان بضمان حقوق المواطنين وحريّاتهم، يفترض ألا يقدها بتدابير استثنائية ترهقها.

### المطلب الثانى

#### حالة الطوارئ أو الاستعجال فى مصر L'état d'urgence

### الفرع الأول

#### أساسها من الدستور

٥٥١- تنص المادة ١٤٨ من دستور جمهورية مصر العربية على ما يأتى:

>>> «يمن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون.

ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

(١) انظر فى ذلك مقالين للأستاذ Pierre Daberies والأستاذ Jean Claude Masclet وهما منشورتان فى

الصفحات من ٧٧٩ إلى ٧٨٥ من مؤلف عنوانه: La constitution de la republic

[Economica] française, angbyses et commentaires 2e édition

وإذا كان مجلس الشعب منحلًا، يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.  
وفي جميع الأحوال، يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب».

٥٥٢- ويبين من هذا النص:

أولاً: أن رئيس الجمهورية هو المختص -دون غيره- بإعلان حالة الطوارئ أو حالة الاستعجال، كتمسية أدق. وهو لا يعلنها إلا على الوجه المنصوص عليه في القانون. بما مؤداه أن إعلانها لا يقع إلا وفق الشرط التي يبينها، ويندرج تحتها أن إعلان هذه الحالة مقيد بطرود أحد المخاطر التي حددها المشرع حصراً، فلا تقوم حالة الاستعجال في مساوئها، وإن تمتع رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية عسبة على الرقابة القضائية في شأن قيام هذه المخاطر أو تخلفها، بشرط أن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتعين أن تستهدفها هذه السلطة. فإذا استخدمها انحرفاً بها عن أهدافها، بطل قرار إعلان حالة الاستعجال.

ثانياً: أن حالة الاستعجال لا تعلن إلا لفترة محددة، يجوز مدّها بموافقة السلطة التشريعية. ويلاحظ هنا أن المدة المحددة التي تنص عليها المادة ١٤٨ من الدستور، غير المدة القصير أجلها، إذ تقتض المدة القصيرة، اعتدالها وخضوعها لحد أقصى يكون قريباً من بدايتها، ويعتبر نهايةً زمنية لها. ولا كذلك المدة المحددة التي يكفي لتوافر شرائطها، أن تكون واقعة بين حدين زمنيين، وإن تعين أن يكونا متقاربين. ذلك أن تحديد مدتها يفترض ضيقها وليس انفراطها، وإن دل العمل على أن شرط المدة المحددة لحالة الاستعجال كقيد على جواز إعلانها، يبدو عقيماً.

ذلك أن السلطة التشريعية تعتمد دائماً إلى مد المدة الأصلية لحالة الاستعجال قبل انتهائها، ثم مد الفترة الجديدة -وقبل انقضائها- إلى فترة تالية تتبعها فترة ثالثة ورابعة قبل أن يكتمل زمن كل منها، لتتدخل هذه المدد مع بعضها، وتتضام حلقاتها. فلا يبدو لزمنها من نهاية؛ وكأن فترة



سرياتها غير المحدودة، فرض عين على المصريين جميعا، فلا يكون لهم منها فكاكا. وهو ما نشهده في واقعنا حتى اليوم. وما ذلك إلا لأن السلطة التشريعية لا ترضى رقابتها الحقيقية على مدة إعلان حالة الاستعجال، ولكنها تبسطها تنصلا منها عن مباشرة واجباتها وفقا للدستور.

ثالثا: على رئيس الجمهورية -وخلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور قراره بإعلان حالة الاستعجال- أن يعرض هذا القرار على السلطة التشريعية حال انعقادها كي تجيل بصرها فيه لتقييم جوانبه المختلفة، وعلى الأخص ما تعلق منها بنوع المخاطر التي قصد رئيس الجمهورية إلى مواجهتها. ويفترض في السلطة التشريعية عندئذ أن تدبر حولا حقيقيا حول هذه المخاطر، ووفقا على ماهيتها؛ وتحريا لمصادرها؛ وتحديدًا لدرجة جسامتها، وأن ترز ذلك كله بنظرة محايدة لا تستلهم في شأنها غير مصلحة الوطن، وعليها بالتالي أن تعتمد في تقديرها توافر هذه المخاطر أو تخلفها، على حقائق موضوعية لا يجوز لأحد أن يتوهمها ولا أن بصورها على غير حقيقتها.

وعلا بالفقرة الثانية من المادة ٤٨ من الدستور، يتعين على رئيس الجمهورية إذا كان مجلس الشعب منحلًا، أن يعرض قراره بإعلان الحالة الطارئة على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

وكان الأولى أن يدعى البرلمان المنحل للنظر في حالة الاستعجال فور إعلانها حتى لا يستطيل زمنها بغير مبرر، خاصة إزاء الطبيعة الاستثنائية للسلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي أعلن بسببها حالة الاستعجال. وهي سلطة وخيمة عواقبها؛ سواء في طرائق مباشرتها، أو على صعيد نطاق عدوانها على حقوق الأفراد وحررياتهم.

رابعا: لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير المخولة له بمقتضى القانون وله كذلك أن يضيف لها حقوقا جديدة يباشرها غير المنصوص عليها في هذا القانون، وهذه الحقوق الجديدة المضافة إلى الحقوق المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٨. وعلى رئيس الجمهورية أن يعرض عندئذ هذه الحقوق لتبقيها أو تلغيها أو لتقيّد بعض جوانبها.

خامساً: وتظل السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية -في عموم تطبيقاتها- مقيدة بمجابهة المخاطر الدائمة -ولو كانت من طبيعة اقتصادية<sup>(١)</sup>- على تقدير أن هذه المخاطر هي التي تتراخى بها ضوابط الشرعية الدستورية في أوضاعها المعتادة، لتحل محلها شرعية استثنائية قوامها الضرورة الملجئة، ويقدر مطلباتها.

لا فرق في ذلك بين الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية قبل الدستور القائم أو بعده. ذلك أن ما تنص عليه المادة ١٩١ من الدستور -من أن كل ما قرره القوانين واللوائح السابقة على صدوره، يبقى صحيحا ونافذا إلى أن تحلها السلطة التشريعية وفقا للتواعد والإجراءات المنصوص عليها في الدستور، مؤداه أن تبقى نافذة لأوامر رئيس الجمهورية الصادرة قبل هذا الدستور، وأن يظل سريانيا جارية بعده، وإن كان ذلك لا يطهرها من العيوب الدستورية التي قد تشوبها، ولا يصممها من الطعن بعدم دستوريته وفوق ضوابط الشرعية الدستورية محددة على ضوء ما بيناه فيما تقدم، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية التي تصدر في ظل الدستور القائم<sup>(٢)</sup>.

إذا جاوز رئيس الجمهورية -فيما أصدره من أوامر- نطاق هذه الضرورة، تعين إبطال أوامره.

(١) من بين المخاطر الاقتصادية تشي البطالة وارتفاع معدل التضخم وانتشار الجوع.

(٢) وفي ذلك نقول المحكمة العليا بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية "عليا" دستورية بجلستها المعقودة في ١٩٧١/٣/٦ بأن دستور عام ١٩٧١ وقف بنص المادة ١٩١ عند حد النص على استمرار نفاذها تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بمسير المرافق العامة، وبالعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره. كذلك فإن النص على مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور، لا يطهرها مما قد تشوبها من عيوب، ولا يصونها ضد الطعن بعدم الدستورية، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم -فليس معوقاً أن تكون التشريعات التي صدرت قبل العمل بالدستور في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغيرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها، بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات الصادرة في ظل الدستور، وفي إطار نظمه وأصوله المستحدثة، مع أن رقابة دستوريته أولى وأوجب إس ١٩، ١٠ من الجزء الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها وحتى نوفمبر ١٩٧٦].

ونظر أيضا حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ قضائية عليا "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة في ٧ من مايو ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٤٧- ص ٥٨ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ نوفمبر ١٩٧٦ وحتى تشكيل المحكمة الدستورية العليا].  
[ويراجع كذلك حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية عليا "دستورية" ص ١٤٧ من هذه المجموعة].

الفرع الثانيمواجهتها بالقانون

رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨

٥٥٣- يعتبر هذا القانون واحداً من أسوأ القوانين التي عرفتها الحياة التشريعية في مصر. وهو يبلور أخطر القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك من الأوجه الأتى بيانها:

أولاً: أن المصالح التي يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لحمايتها بالتدابير الاستثنائية التي نص عليها هذا القانون، وحددها تفصيلاً؛ عريضة في اتساعها، بعيدة في آثارها القانونية. فليس بشرط وفقاً لهذا القانون أن يكون الخطر داهماً -حالا- ولا أن يكون مفاجئاً. ذلك أن مجرد الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، يكفي لتحقيق الخطر، ولو كان مداه محدوداً، أو كان خطراً متوقعاً.

ثانياً: لا تنحصر التدابير الاستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها، وفقاً لهذا القانون، في تلك المنصوص عليها فيه. وإنما يجوز لرئيس الجمهورية أن يوسع من نطاقها لتشمل دائرتها حقوقاً جديدة يضيفها إلى الحقوق القائمة؛ فلا تكون الحقوق الجديدة غير حقوق يصطفها، متوسلاً في طلبها، بضرورتها لصون الأمن أو النظام العام.

يؤيد ذلك أن نص المادة الأولى من هذا القانون، تكمل نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الاستعجال على الوجه المبين في القانون؛ وقد حصر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ هذه المخاطر في تلك التي يهدد بها الأمن أو النظام العام، سواء في مصر كلها أو في أجزاء من إقليمها؛ وسواء كان مصدر هذه المخاطر خارجياً في صورة حرب أو تهديد بوقوعها؛ أم كان داخلياً، كانهيار وباء؛ أو وقوع كوارث عامة؛ أو لأن اضطراباً داخلياً أحدثها.

ولا شبهة في أن صور المخاطر التي أشار إليها القانون وعددها، يجمعها أن من أثرها الإخلال بالأمن أو النظام العام. وهي بذلك مظاهر لهذا الإخلال لا تستغرق حالاته كلها، ولا تحيط بكل صورها.

يظل الأمن والنظام العام هما المصلحتان الوحيدتان اللتان يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لصونهما وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨<sup>(١)</sup>.

وهما بعد مصلحتان تستوعبان كافة المخاطر -أيما كان نوعها أو مصدرها أو درجتها- إذا كان لها من صلة -أيما كان وجهها- باستقرار الدولة في أمنها وهويتها وسكينتها.

ثالثاً: وإذا يعلن رئيس الجمهورية حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، فإن قراره في ذلك يجب أن يبين نوع المخاطر التي ارتأها كافية لإعلانها؛ والمنطقة الإقليمية التي تشملها الأوامر التي يصدرها لرد هذه المخاطر؛ وكذلك بدء سريان هذا الإعلان.

وبلاحظ أن هذا القانون وإن أزم رئيس الجمهورية بتجديد وقت بدء سريان حالة الاستعجال التي أعلنها، إلا أنه أعفاه من تحديد نهايتها -ولو بصورة تقريبية، وهو ما تفتح به مدة سريان حالة الاستعجال، إلى أن يقرر رئيس الجمهورية -في حدود سلطته التقديرية- زوال المخاطر التي تدخل بالتدابير الاستثنائية لقمعها. وفي ذلك مخالفة لنص المادة ١٤٨/٢ من الدستور التي تنص على أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة.

### الفرع الثالث

#### انتهاء حالة الاستعجال

٥٥٤- اختصاص رئيس الجمهورية بإنهاء حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، يرد على المدة الأصلية لسريانها، وكذلك على المدة التي أذن البرلمان بضمها إليها؛ كلما قدر رئيس الجمهورية زوال المخاطر التي أدت إلى إعلانها قبل اكتمال المدة الأصلية، أو المدة المضافة إليها.

ويقع إنهاء حالة الاستعجال في هاتين الحالتين، بقرار من رئيس الجمهورية.

وهو غير انتهائهما بقوة الدستور، إذا لم يعرض القرار الخاص بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجل التي حددتها المادة ١٤٨ من الدستور، أو عرض عليها ولم تقره.

(١) شر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بالجريدة الرسمية في ١٩٥٨/٩/٢٨. وقد عدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٨ ثم بالقانونين رقمي ٣٧ لسنة ١٩٧٢، ٥٠ لسنة ١٩٨٢.

### الفرع الرابع

#### خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية

٥٥٥- وتتسم التدابير التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تثل بالأمن والنظام العام، بما يأتي:

أولاً: جواز أن تشمل هذه التدابير مصر كلها أو أجزاء من إقليمها.

ثانياً: أن لرئيس الجمهورية في كنفها، سلطة إحداث حقوق جديدة غير التي نص عليها المشرع. لتصبح قائمة الحقوق التي يملكها، غير متناهية. كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بتقرير حقوق جديدة يضيفها إلى سلطاته الاستثنائية بما يوسعها ويزيد من نطاق الدائرة التي تعمل فيها<sup>(١)</sup>؛ هو تفويض لرئيس الجمهورية -غير نص في الدستور- في تقرير ما يراه من القواعد القانونية والتدابير العملية كافلاً لإزهاق المخاطر التي يواجهها. لا يتقيد في ذلك إلا بوجود عرض الحقوق الجديدة على السلطة التشريعية في أول اجتماع لها، لنقرها أو لترفض الإنن بها.

ثالثاً: أن الأوامر-الشفعية أو الكتابية- التي يصدرها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة الثالثة من هذا القانون، لها من اتساعها وشمولها ما يجعلها تنظم الحياة بكل أقطارها.

وهي تتسم في مجموعها بأنها تحيط بالأفراد في حقوقهم وحرياتهم؛ وأنها تقيد حرية تداول الأموال، وتكاد أن تعطل حركتها؛ وأنها تصدر على الأخص الحرية الشخصية في كثير من جوانبها. وليس لحرية التعبير معها غير وجود محدود. ومن ثم تتنوع هذه الأوامر في صورها؛ وفي محلها؛ وفي الآثار القانونية التي ترتبها.

وقد نصل في مسوتها إلى حد مراقبة الرسائل جميعها والإطلاع عليها بغير إذن قضائي؛ وإلى مصادرة وسائل الاتصال والإعلان والدعاية؛ وإلى إغلاق محال ترويجها أو نشرها، ولو كان ذلك قبل نشر المطبوع أو المحرر أو الرسم.

فلا تكون السلطة الاستثنائية التي يصدر رئيس الجمهورية هذه الأوامر في نطاقها، غير سلطة مفطرة في توحشها؛ خطيرة في عواقبها.

(١) الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

أ. فالأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في شأن الأشخاص، تنال عادة من حريتهم في الاجتماع والتنقل، ومن إقامتهم في أماكن بنواتها، أو المرور عبرها، أو التردد عليها في زمن دون آخر. وقد تصدر هذه الأوامر بالقبض عليهم أو باعتقالهم أو بتفتيشهم دون تقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية. وقد يكلفون أداء عمل من الأعمال في غير ضرورة.

ب. وفيما يتعلق بالمحال العامة، يجوز أن تحدد أوامر رئيس الجمهورية مواعيد فتحها وإغلاقها. وقد تصدر هذه الأوامر بإغلاق أنواع منها، كلها أو بعضها.

ج. ولرئيس الجمهورية أن يقرر الاستيلاء على المنقول أو العقار؛ وأن يفرض الحراسة على الأشخاص الاعتبارية؛ وأن يؤجل الوفاء بالديون التي تستحق على الأموال المستولى عليها، أو التي تفرض الحراسة في شأنها.

د. وقد يصدر في شأن ترخيص الأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار على اختلافها، أوامر بسحبها وتسليمها وضبطها وإغلاق مخازنها.

رابعاً: وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يضمن الأمن أو النظام العام -من خلال الأوامر التي يصدرها طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨- حتى لا يختل أو ينفط<sup>(١)</sup>؛ إلا أن السلطة الاستثنائية التي يملكها -ارتكناً إلى هاتين المصلحتين- لها من اتساعها ما يؤذن بانفلاتها من كوابحها؛ ومن الأفراد بها ما يجعلها قريبة من السلطة المطلقة، وعلى الأخص لأن الرقابة القضائية على هذه الأوامر، قلما تصحبها إلا بعد تنفيذها، ومن خلال الحق في التعويض عنها، وهو حق كثيراً ما يكون اقتضاؤه متراجخاً، وأقل من أن يكون عادلاً.

خامساً: لرئيس الجمهورية أن يفوض من ينيبه في مباشرة سلطاته الاستثنائية. ولا يجوز بالتالي أن يكون هذا التفويض مجهلاً. ولا أن ينقل السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، بتمامها إلى من فوض منها. إذ يعتبر ذلك نكولاً من رئيس الجمهورية عن النهوض بمسئوليته السياسية في مواجهة المخاطر القائمة. ويزيد من خطورة الأمر أن القوات المسلحة -وكذلك الشرطة- وهي هيئة مدنية نظامية عملاً بنص المادة ١٨٤ من الدستور- تتوليان تنفيذ الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية؛ وينظمان المحاضر الخاصة بمخالفات

(١) يلاحظ أن مفهوم النظام العام، يتسع لمصون الأمن، إذ الأمن أحد العناصر التي يتطلبها ضبط النظام العام.

هذه الأوامر، ويعاونهما الموظفون والمستخدمون في تحريرها. وتفترض صحة كل واقعة أثبتتها هذه المحاضر، إلى أن يقوم الدليل على عكسها<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تفويض لافتراض البراءة، وهو أصل يمتد إلى الدعوى الجنائية حتى الفصل نهائياً فيها، وإلى المراحل السابقة عليها، فلا يسقط هذا الافتراض بغير حكم يكون باتاً قاطعاً بوقوع الجريمة بكافة أركانها، وينسبها إلى شخص معين بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

**سادساً:** أن كل مخالفة للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية، تكون عقوبتها هي المنصوص عليها فيها، وذلك دون إخلال بأية عقوبة أشد تقضى بها القوانين المعمول بها، وبشرط ألا تنص تلك الأوامر على عقوبة تجاوز قدرها، الحد الأقصى المقرر بنص المادة ٥ من قانون حالة الطوارئ<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يستقل رئيس الجمهورية -وبما لا يخل بهذا الحد الأقصى- ببيان قدر العقوبة التي يستنبها لكل مخالفة حددتها الأوامر التي أصدرها.

وهي سلطة خطيرة يعيها إطلاقها من القيود، وعدوانها على الحرية الشخصية، من خلال عقوبة يفرضها رئيس الجمهورية، ويتصور تحقق الغلو فيها بما يناهض ضوابط تناسبها مع الجريمة.

وليس للسلطة التشريعية من قول في شيء من ذلك، وإنما ينفرد رئيس الجمهورية في حدود سلطته التقديرية، بتحديد أركان كل جريمة تنص عليها الأوامر التي أصدرها، لينتقل الاختصاص بالتجريم، من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، انتقالاتاً يكاد أن يكون كاملاً.

### الفرع الخامس

#### تقييم حالة الاستعجال

٥٥٦- لا يباشر البرلمان رقابة حقيقية على إعلان رئيس الجمهورية حالة الاستعجال، ولا على وقت سريان هذا الإعلان بما يؤذن بتحول سلطته الاستثنائية، من سلطة مؤقتة تدور

(١) مادة ٤ من القانون.

(٢) لا يجوز أن تزيد العقوبة التي تتضمنها الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية -وعلا بنص المادة ٥ من القانون- على الأشغال الشاقة المؤقتة أو على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه. فإذا لم تكن هذه الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها، فوعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مع المخاطر وجوداً وعمماً، إلى سلطة دائمة تبلور نهجاً سلوكياً مطرداً، ولو كان تطبيقها مجاوزاً كل منطق.

وما نشهده حتى اليوم، هو أن الرقابة التي يفرضها البرلمان في شأن حالة الاستعجال ومنتهى، هي رقابة مظهرية لا فعلية، لأنها رقابة نظرية لا عملية في حقيقتها.

ذلك أن الأصل في المخاطر التي تواجهها حالة الاستعجال، هو حلولها لا تراخيها؛ وإضرارها بمصالح عريضة في جوهر ملامحها.

كذلك فإن الأصل في الرقابة البرلمانية أن يكون لها من حزمها ما يؤكد فعاليتها في تقرير مسئولية رئيس الجمهورية -سياسياً- عن الأوامر التي أصدرها.

ولا كذلك خضوع الأغلبية البرلمانية للسلطة التنفيذية توجهها وتسلط عليها. فلا تكدين إلا لها، لتحملها يوماً على إقرار تصرفاتها. فلا تفعل أكثر من دعم رئيس الجمهورية في موقفه من إعلان حالة الاستعجال، ومن الأوامر التي أصدرها، ومن نوع الجرائم التي أحدثها، ومن تدابير القبض والاعتقال التي اتخذها.

بل إن الرقابة البرلمانية -حتى مع افتراض فعاليتها- تكون غالبة تماماً خلال الفترة الواقعة بين حل السلطة التشريعية ولول اجتماع لها بعد تشكيلها الجديد.

٥٥٧- وإذا كان الأصل هو ألا يبسط المشرع نطاق التدابير التي يفرضها لرئيس الجمهورية وقت سريان حالة الطوارئ بما يعدم أو يقيد بصورة خطيرة حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا أن يضيقها بما يعجز رئيس الجمهورية عن مواجهة أوضاع استثنائية لها متطلباتها المنطقية. فقد تعين أن تكون معقولة هذه التدابير، شرطاً أولياً لموازنة الضرورة الملحة باحتياجاتها.

٥٥٨- وفي مجال تقييم حالة الاستعجال، يتعين أن يلاحظ.

أولاً: أن إقرار السلطة التشريعية إعلان حالة الاستعجال أو زيادة مدتها يجب أن يحصل على موافقة أغلبية خاصة من بين أعضائها.

ولا كذلك الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم التي تنقل كثيراً عما يلزم لإقرار تدابير استثنائية في طبيعتها، مترامية في آثارها.



**ثانياً:** أن حق رئيس الجمهورية في أن يحل جرائم القانون العام، إلى محاكم أمن الدولة -الاستثنائية في تشكيلها وإجراءاتها ومصير أحكامها- يناقض حق مرتكبيها في المثول أمام قاضيه الطبيعي. وهو قاض لا يعتد في تحديده بإدارة المشرع ولو حدد سلفاً أنواع القضايا التي عهد بها إلى الجهة القضائية التي عينها، وإنما هو قاض يكون مهيناً أكثر من غيره بالفصل في القضايا التي يختص بها -لا لأن المشرع عهد بها إليه، وإنما على منسوء طبيعة هذه القضايا وما يلابسها من لوائح تخصصها وتتصل بها، لتكون هذه الطبيعة وتلك الأوضاع، عنصراً موضوعياً فيها يميزها عن غيرها<sup>(١)</sup>.

ومن ثم يكون نص المادة ٦٨ من الدستور، قوياً على السلطة التشريعية، ويفترض فيها أن تنزل على فحواه. في مجال تحديدها لمفهوم القاضي الطبيعي، وإلا تعين إبطال كل قانون يصدر عنها بالمخالفة لهذا المفهوم.

كذلك فإن الأصل في جرائم القانون العام، أن تكون المحاكم المدنية هي قاضيها الطبيعي. فإذا انتزع رئيس الجمهورية جانباً من هذه الجرائم، وأحالها إلى محاكم أمن الدولة لتتصل نهائياً فيها، كان ذلك تمييزاً غير مبرر بين مواطنين تتحد مراكزهم القانونية التي تقوم على وحدة مكوناتها. والتي تفترض خضوعهم بكل فئاتهم، للقضاء عنهم.

#### وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

<<إن الناس جميعهم لا يتميزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضائاتها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. وإنما تكون للحقوق عنها قواعد موحدة في مجال طلبها؛ وتمصيلها؛ والطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر في شأن أعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم لو بقدها<sup>(٢)</sup>>>.

<sup>(١)</sup> انظر في مفهوم القاضي الطبيعي - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٩٥/٨/٥ - قاعدة

رقم ٧ - ص ١٠٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموع أحكامها.

<sup>(٢)</sup> الحكم السابق ص ١١٣، ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثالثاً: أن ما تنص عليه المادة ٨ من قانون حالة الطوارئ، من تخويل رئيس الجمهورية -في المناطق الخاضعة لنظام قضائي خاص، أو بالنسبة إلى قضايا بذواتها بحددها- سلطة إسناد الفصل فيها إلى دوائر أمن دولة يتم تشكيلها بكامل أعضائها من الضباط، مع تعيدها بالقواعد الإجرائية التي نص عليها رئيس الجمهورية في أمر تشكيلها، يناقض قاعدتين أرسنهما المحكمة الدستورية العليا.

أولاهما: أن انتزاع رئيس الجمهورية قضايا بذواتها من المحاكم المدنية التي تختص أصلاً بالفصل فيها، وإسناد نظرها إلى محاكم أمن الدولة التي ليس لها ضماناتها، يعتبر تدخلاً في شؤون السلطة القضائية التي تقبض ببداها على القضايا التي تدخل في اختصاصها، فلا يكون توزيعها فيما بين محاكمها إلا عملاً داخلياً لا يجوز لجهة دخيلة عليها أن تقتحم نفسها فيه<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: أن التنظيم الإجرائي للخصومة القضائية، وإن كان لا يفترض وحدة الأشكال الإجرائية التي تصاغ الخصومة فيها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا تقيم قيداً جوهرياً على حرية المشرع في اختيار البدائل الإجرائية لتنظيم الخصومة القضائية، وذلك بنصها على أن تعدد الأشكال التي يقتضيها إنفاذ حق التقاضي، لا يجوز أن يخل بأية ضمانات جهرية تمثل إطاراً حيوياً لصون الحقوق على اختلافها، بما يرد العنوان عنها من خلال قواعد قانونية يكون إنصافها حائلاً دون تحيفها على أحد<sup>(٢)</sup>.

هاتان القاعدتان اللتان تجيزان تنوع الأشكال الإجرائية للخصومة القضائية، وتمنعان تدخل السلطة التنفيذية في أية خصومة قضائية -ولو من خلال إعادة توزيعها للقضايا- لتفصل فيها جهة غير التي تختص أصلاً بنظرها؛ تكملهما قاعدة ثالثة مؤداها أن كل خصومة قضائية لا يفصل فيها غير قاصبها الطبيعي، ولو كان هذا الفصل واقعاً في إطار الأوضاع الاستثنائية. ذلك أن عرض كل خصومة على قاض يكون أقرب من غيره لأوضاع ومتطلبات الفصل فيها، من القواعد الأولية التي فرضتها الأمم المتحدة في توصلها مع بعضها البعض، وفيما تقيد به نفسها من الضوابط التي تلتزمها في سلوكها، فلا يكون إدارها أو التخلي عنها، مقبولاً.

(١) و(٢) دستورية عليا-القضية رقم ٣٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٩٩٥/١٢/٢ -مساعدة رقم

١٤- ص ٢٤٧ من الجزء السابع من أحكامها.

ولا شبهة في أن أية محكمة يشكلها المشرع من الضباط وحدهم، تتبو بخصائصها هذه، عن مفهوم القاضي الطبيعي.

ذلك أن أعضائها لا يمثلون إلا السلطة التي يدينون لها بالولاء، ويتلقون منها تعليماتهم. وهي سلطة وإن كانت غير مدنية؛ إلا أن المشرع عهد إليها بالفصل في أية مخالفة يرتكبها منديون للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية. وهو ما يبلور كذلك عدواناً خطيراً على استقلال السلطة القضائية وتجردها.

رابعاً: أن ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون حالة الطوارئ من أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة، لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية، مؤداه أن تصير السلطة التنفيذية شريكاً في أعمال السلطة القضائية، بما يجيز إعادة النظر فيها وتحويل بنيتها.

وما يقال من أن هذا التصديق يتدخل في العمل القضائي، وتلقفه بالتالي الصفة القضائية لهذا العمل<sup>(١)</sup>؛ مردود بأن العناصر التي تتدخل مع بعضها، تفرض توافقاً فيما بينها بما يجعل ائتلافها متصوراً.

ولا كذلك سلطة التصديق، التي يتولاها رئيس الجمهورية أصلاً، والتي لا تلتزم خصائصها، وطريقة تكوين الحكم القضائي باعتباره فاصلاً بصورة محايدة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفاً، في خصوصية محورها الحقوق المتنازع عليها بين أطرافها.

خامساً : وما تنص عليه المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ من أن لرئيس الجمهورية عند عرض الحكم عليه أن يبدل العقوبة المقررة بها بما هو أقل منها؛ وأن يخففها؛ وأن يلغى أية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية؛ وأن يجعل العقوبة -كلها أو بعضها- موقفاً تنفيذياً؛ وأن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى الجنائية، أو مع الأمر بإعادة محاكمة المتهم أمام دائرة أخرى؛ كل ذلك يناقض ما هو مقرر دستورياً من أن السلطة التنفيذية لا يجوز أن تجبض حكماً قضائياً قبل صدوره؛ ولا أن تقرر إنهاء آثاره بعد النطق به؛ ولا أن تعطل اكتمال تنفيذه؛

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية دستورية الصادر عنها في جلستها المقعودة في ١٩٨١/٢/٧ المنشور في ص ١٧٢ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكامها- أن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، تعتبر جهة مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري، وأن اعتماد مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لقراراتها لا يعيبها، وإنما يتدخل في عمل اللجنة القضائية وتلقفه لزوماً الصفة القضائية لقراراتها، وهو ما نراه محل نظر.

ولا أن تحور بنیان العناصر التي قام عليها؛ ولا أن تعيد تشكيلها في صورة جديدة؛ ولا أن تكمل أجزاء قصر في رليها عن أن يحيط بها؛ ولا أن تزيل بنفسها ما اعتراه من غموض؛ ولا أن تفرض فهمها على فحواه. شأن السلطة التنفيذية في ذلك، شأن السلطة التشريعية التي كفل الدستور استقلال السلطة القضائية في مواجهتهما؛ وحظر تدخل إحداهما في شؤونها أو تعويق أعمالها أو تحريفها، وكفل لأحكامها -ولو لم تكن نهائية- حجبها، فلا تسقطها السلطة التنفيذية أو التشريعية بعمل من جانبها<sup>(١)</sup>.

٥٥٩- وتردد المحكمة الدستورية العليا ذلك بقولها :

>>>على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذاً تنفيذاً كاملاً.

وليس لعمل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً ولا أن يحور الآثار التي رتبها، ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها. ذلك أن موضوعية خضوع السلطة القضائية للقانون يفترض استقلالها لضمان حصول من يلوذون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها لرد عدوان على حقوقهم أو حرياتهم. كذلك لا تقل حيدتها شأنًا عن استقلالها، إذ هما عنصران فاعلان في صون رمالتهما، بما يؤكد تكاملهما<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: وتحليل نص المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ، مؤداه أن لرئيس الجمهورية أن يفعل بالأحكام القضائية ما يشاء، يقيها أو يلغيها أو يعدلها أو يعتمدها، كل ذلك في إطار سلطة تقديرية لا قيد عليها، وهي سلطة يصير بها خصماً وحكماً في شأن الأوامر التي أصدرها.

فالمخالفون لهذه الأوامر يقومون إلى محاكم أمن الدولة بدرجتها الجزئية والعالية. وهي تفصل في جرائمهم بما لا يخل بالقواعد الإجرائية الخاصة التي نص عليها قانون حالة الطوارئ، وأهمها خضوع أحكامها للتصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، وإمكان تحويله لبنيانها من خلال مباشرته لسلطة التصديق التي لا تجرد فيها، علي تقدير أن المصدق يعتبر طرفاً في الأوامر المتظلم منها أمام هذه المحاكم. وهو ما يناقض المادتين ١٦٥ و ١٦٦ من

(١) "دستورية عليا" -طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٥ قضائية- جلسة ١٩٨٨/٤/٢- ص ٣٧٧ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" -التصية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٩- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- ص ٧٦٩ و ٧٧٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الدستور اللتين تفترضان في العمل القضائي ألا يصدر عن نزعة شخصية تبلور أهواء للنفس أو عثراتها.

٥٦٠- وبظل المضمون الحق لكل قانون، مرتبطاً بكيفية تطبيقه، وإن تعين القول بأن الشرعية الدستورية لا شأن لها بالنوايا الشخصية للقائمين على تنفيذ القانون. وإما النصوص التي احتواها -في مضمونها وأثارها القانونية- هي التي يجب تقييمها من منظور اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

سابعاً: ليس ثمة قانون ألدح خطراً على حقوق المواطنين وحرياتهم، من قانون حالة الاستعجال التي نراها قائمة في مصر حتى اليوم لا تقارنها في أيلها وضحاها، وكان مصر مسجاة لهذا القانون، ولو قيل بأن تطبيقه مقصور على عتاة المجرمين والإرهابيين.

ذلك أن دوام حالة الطوارئ في مصر يناقض حقيقة أن مخاطر الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، لها طبيعة استثنائية وعرضية في آن واحد Exceptionnelle et transitoire؛ وأن حالة الاستعجال تبلور خطراً جسيماً يهدد الدولة ذاتها، سواء في وجودها أو تواصل بقائها كالغزو والعصيان والمجاعة والوباء. أو بتعبير أدق، حالة تتجم عنها مخاطر لها بأسها، وتتأزم بها الأوضاع القائمة، بالنظر إلى علو هذه المخاطر في طبيعتها الاستثنائية، Highly exceptional، وضرورة مواجهتها بالتدابير للكافة لتخطيها<sup>(١)</sup>.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن الأصل في حالة الطوارئ أن يكون إعلانها لمواجهة نذر خطيرة تنهد بها المصالح القومية. وقد تال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهمة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٤ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية. وشبه بها قانون كندي يعرف حالة الاستعجال على النحو الآتي:

L'état d'urgence est une situation de crise causée par des menaces envers la sécurité du Canada d'une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale.

(٢) دستورية عليا للطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية تفسير -خاتمة رقم ١- ص ٤٦٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### الفرع السادس

#### موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال

٥٦١- تلك حالة الاستعجال في مصر -التي لا انقطاع في تواصل حلقاتها- فهل تتفق شريعتها والمفاهيم السائدة بين الدول.

أ. وهل يتفق قانون حالة الاستعجال -وكانها الأصل في الأوضاع التي نعايشها، لا الاستثناء منها، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من أن للدول أطرافها- إذا دهمها خطر طرأ عليها بما يهدد حياة أمتها<sup>(١)</sup>، The life of the nation أن تتخذ لرد هذا الخطر عنها، تدابير تخرج بها على التزاماتها المقررة بمقتضى هذا العهد، بشرط أن يكون الإعلان عن هذا الخطر قد تم رسمياً؛ وأن تصدر هذه التدابير عنها، بما لا يجاوز قدر الضرورة التي تقتضيها مواجهة الأوضاع الطارئة عليها To the extent strictly required by the exigencies of the situation، وبمراعاة ألا تخل تلك التدابير بالتزاماتها التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا يكون دافعها الوحيد إلى اتخاذها، تقرير تمييز يقوم في ميناها على الأصل الاجتماعي أو العرق أو اللون أو العقيدة أو اللغة أو الجنس<sup>(٢)</sup>.

ب. كذلك فإن نص المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وإن خول كلا من الدول أطرافها -في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة شعبها- الخروج على

(١) لا تلحن حالة الاستعجال في كندا إلا من قبل الحكومة المركزية، ولمخاطر قومية، وهي حالة وإن لم ينص الدستور عليها، إلا أن القضاء يقول بلندراجها ضمن قواعده. وهي تخول البرلمان سلطات واسعة يتدخل بها في اختصاصات المجالس التشريعية للمقاطعات. ويفسرون ذلك بأن المصالح الذاتية للمقاطعات، تتطلب إلى مصالح مجمعة للحكومة المركزية

Gerald - A- Beaujolin, Constitution du Canada, 2 e Tirage, revisee, 1991.p.138.

(٢) ووفق على هذه الاتفاقية، وضحت للتصديق عليها والانضمام لها بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 A (XXI) في ١٢/١٢/١٩٦٦ وبلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها تقضى بأن طرء الأخطار المشار إليها في فقرتها الأولى لا يجيز الخروج على أحكام المواد ٦، ٧، ٨ منها. وهي في مجملها تتعلق بحق الإنسان في الحياة، وبامتناع تنفيذ عقوبة الإعدام -في الدول التي تجيزها- في غير أكثر الحرائم خطورة؛ وخطر تنفيذها على الحوامل؛ وعدم حواز توقيعها على من هم دون الثامنة عشرة؛ وكذلك حظر الإساءة الجماعية العرقية؛ أو فرض عقوبة أو معاملة قاسية أو مهينة للإنسان، بما في ذلك حظر تعذيبه واسترقاقه، وأشكال التعامل في الأشخاص على احتلالها Slave- Trade وإجراء تجربة طبية أو علمية عليه، بغير رضاه.

التزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية؛ إلا أن هذه الاتفاقية تلتزمها بالألا تخط في الوقت ذاته بأحكام مواد الاتفاقية ١٥/٤١ و٧ التي تمنعها من استبعاد الأشخاص، أو تعذيبهم، أو تقرير قوانين جنائية بأثر رجعي، أو إهدار الحق في الحياة، ما لم يكن إزهاقها قد نجم عن أعمال حربية مشروعة.

بما مؤداه أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الخطر ماحقا، فإن ثمة قيوداً لا يجوز لن تستطها السلطة التنفيذية في مواجهتها لهذا الخطر، حتى مع تزايد استيلائها في الأوضاع الاستثنائية التي تحيط بها.

ج. وتفرض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، قيوداً مماثلة على السلطة الاستثنائية التي تكفلها هذه الاتفاقية للدول أطرافها في زمن الحرب، أو الخطر العام، أو غير ذلك من الأوضاع الطارئة التي تهدد أمنها واستقلالها. ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من تلك الاتفاقية لم تجز الخروج على أحكامها حتى مع تحقق هذه المخاطر، إلا بقدر الضرورة التي يقتضيها دفعها، وبشرط ألا تقتض التدابير التي تتخذها لرد تلك المخاطر، لالتزاماتها الأخرى التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام؛ وألا تقوم على تمييز يرتكز على العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو العقيدة، أو الأصل الاجتماعي.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من الاتفاقية المشار إليها، على أن الحق في الشخصية القانونية والحق في الحياة؛ وفي التحرر من الرق؛ وفي سريان القوانين الجنائية بأثر مباشر؛ والحق في اعتناق أية عقيدة؛ وفي تكوين أسرة؛ والحق في الاسم؛ وحقوق الطفل؛ والحق في الجنسية؛ والحق في الإسهام في العمل العام؛ والحق في الانتفاع بكل ضمانات قضائية تقتضيها حماية هذه الحقوق جميعها، لا يجوز وقفها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السابع

اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية

#### بعد إعلان حالة الطوارئ

٥٦٢- ويلاحظ أخيراً أن الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ سجد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠- ولما خولت رئيس الجمهورية متى أعلن حالة الطوارئ، أن يحيل إلى القضاء العسكري أياً من الجرائم التي

(١) هذه الحقوق منصوص عليها في المواد ٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٣ من الاتفاقية.

يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ وكانت المحكمة الدستورية العليا -وفي نطاق اختصاصها بتفسير النصوص القانونية- تفسيرا تشريعا- قد قررت أن ما قصده القانون بتلك الفقرة، هو جواز إحالة كافة الجرائم المشار إليها فيها سواء كانت هذه الجرائم محددة بنوعها تحديدا مجردا، أم كانت مخفية بذواتها بعد ارتكابها فعلا<sup>(١)</sup>؛ إلا أن قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك، لم يكن فصلا في اتفاق هذه الفقرة أو خروجها عن الدستور، بل اقتصر نطاق هذا القرار على تحديد ما توخاه المشرع منها على ضوء عباراتها والأعمال التحضيرية التي فلرنتها.

وبتحديد المحكمة الدستورية العليا لهذا القصد على النحو المتقدم، يفتح طريق إبطال حكم المادة ٢/٦ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أن للتفسير التشريعي الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في شأن الفقرة المذكورة، موداه جواز أن يحيل رئيس الجمهورية كافة الجرائم -سما فيها جرائم القانون العام- إلى قضاء استثنائي بطبيعته لا تتوافر فيسه ضمانته الحيدة والاستقلال، ولا القواعد المنصفة التي تتم على ضوئها محاكمة المتهمين المثلين أمام المحاكم العسكرية. فلا يكون إسناد هذه الجرائم إلى هذه المحاكم؛ غير خروج مباشر على نص المادة ٦٨ من الدستور التي تخول الناس جميعهم، حق اللجوء إلى قاضيتهم الطبيعي...

(١) دستورية عليا -الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية- تفسير" قاعدة رقم ١-ص ٤٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.



### المبحث الرابع

#### ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام

٥٦٣- ترتبط حالة الاستعجال بوجود مخاطر شديدة الوطأ؛ Dire، أصيلة Genuine في ماهيتها؛ لا متوهمة أو زائفة Subterfuge في مظاهرها؛ غير مستطاع توقعها أو دفعها -بالنظر إلى عنصر المداومة فيها، وعمق آثارها- بالوسائل القانونية المعتادة التي تقصر فرصها -سواء في طبيعتها أو توقيتها- عن أن توفر للدولة وسائل الدفاع الملائمة عن كيانها أو مؤسساتها.

ويتعين بالتالي أن تأخذ جهة الرقابة على الدستورية في تقييمها لهذه الحالة، بمعيار حد التقدير The margin of appreciation.

ذلك أن الدول جميعها لا تواجه المخاطر التي تعرض لها، إلا من خلال تقدير مبدئي يصدر عنها في شأن عنصرين:

أولهما: وجود هذه المخاطر في حقيقتها، وخصائصها، ومدادها.

ثانيهما: ما يناسبها من التدابير للتخلص منها.

ويفترض في هذا التقدير المبدئي -بمنصريه- أن يكون منطقيًا. وهو يكون كذلك إذا كان واقعا في حدود تقتضيها ضرورة رد هذه المخاطر على أعقابها. ولا كذلك أن يكون هذا التقدير قائما على الاندفاع أو التهور أو الأهواء. وإنما هو تقدير موضوعي مبناه حقائق قائمة تشهد بها الأوضاع الماثلة -لا في كل تفصيلاتها- وإنما في العريض من خطوطها؛ وفيما هو ظاهر من ملامحها، وبمراعاة أمرين.

أولهما: أن موضوعية المخاطر، تفترض وجودا واقعا لعناصرها؛ وتقديرا متوازنا لوجه إضرارها باستقرار الجماعة، أو دوام حياتها المنظمة. ويفترض ذلك تصاطع هذه المخاطر، وإحداقها، وعمق آثارها.

ثانيهما: أن تقابل هذه المخاطر بتدابير استثنائية لها من تنوعها، ومرونتها، وحزمها، مايكفل إجهاضها، أو يحول دون تفاقم أضرارها.

ومن غير المتصور بالتالي اللجوء إلى منطقة استثنائية لا ضابط لها، لمواجهة مخاطر قائمة يكون دفعها بالوسائل القانونية المعتادة كافيا. وهو ما يقتضي العمل بالتدابير الاستثنائية في أضيق الحدود التي تقوم بها الضرورة الملحة التي تريد وطأتها عما يكون من مسور الحظر مألوفاً أو متداولاً<sup>(١)</sup>.

---

(١) تنظر من ذلك مقالة عنوانها:

Judicial Review of State derogations from human rights obligations in International treaties.

International - وقد نشرت هذه المقالة في الصفحات من ٤ إلى ١٧ من الكتاب السنوي لحقوق الإنسان الصادر عن: Institute of Human Rights Society, New Delhi, Human Rights Year - Book 1993, Released by Dr. Awad El Mor (Chief justice of The Supreme Constitutional Court of Egypt) Edited by P.H. Parekh.

### الفصل الثالث

#### سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورتها

##### المبحث الأول

##### خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها

٥٦٤- لا تبقى الحرب ولا تذر. ولكنها تأكل الأخضر واليابس. تكفر بنتائجها وجوه، وتعلو جباه، وليس مثل أهوالها شيء. ذلك لأن دائرة التكمير التي تشملها غير متناهية، سواء كان التكمير نفسياً أو مادياً. والحقوق التي تهدرها، والدماء التي تريقها لا ينقصان عن أنارها. ومخاطرها تحيط بكل ما حولها، وليس الحق دائماً في جانبها.

وكثيراً ما يكون الدخول فيها تعالياً بالقوة في غطرسها؛ واستصحاباً من بعض الدول لأهوائها في فرض كلمتها على الآخرين. فلا تكون حروبها غير تعبير عن نزواتها وإنكار للحق في الحياة، وكأنها من خلقها.

ولأن للحرب آثاراً خطيرة بالنظر إلى مساسها المباشر بأمن الوطن؛ وكان إعلانها يعنى القبول بشروطها، وتحمل نتائجها، والتعويض عن أضرارها، وعلى الأخص ما اتصل منها بأموال المواطنين وحرياتهم؛ وكان خسراتها موداه أن يفرض المنتصرون كلمتهم، فقد ارتبط شأنها بالسلطة التي خولها الدستور هذه الولاية.

وتنصص الحقائق العملية وكذلك النصوص القانونية المنظمة لاختصاص إعلان الحرب، عن أن الدول تنقسم في ذلك إلى عدة فرق: إحداها: أن رئيس الجمهورية هو الأكثر والأكفأ على تقييم الأوضاع الدولية التي يتصل قرار إعلان الحرب بها. وتولي ثانيها: حق هذا الإعلان للسلطة التشريعية بنفسها ودون غيرها، على تقدير أن مصادر الثروة في بلد ما ودماء أبنائها، لا يجوز أن ينفرد بتقرير مصيرها شخص واحد هو رئيس الجمهورية، وإن كان ذلك لا يخل بحقه في أن يتخذ منفرداً كل تدبير يراه ضرورياً لمواجهة هجمة مفاجئة على بلده. ولرئيس الجمهورية كذلك أن يعمل منفرداً إذا لم تكن السلطة التشريعية منعقدة. ذلك لأن حالة الحرب حالة واقعية يتعين أن يواجهها رئيس الجمهورية بالتدابير الملائمة<sup>(١)</sup>. فلا تبقى

(١) The Prize Cases, 2Bl. (67U.S.)635, 669(1863); See also, The Protector, 12 Wall. (79U.S.) 700-702 (1872).

الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، أو ضد المواطنين فيها، أو ضد مصالحهم التجارية في البحار، بغير رد.

وتحرص ثالثها: علي أن يكون قرار إعلان الحرب محصلة توافق أو اتفاق فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية علي شنها، توخيا للحصول علي أكبر قدر من الإجماع علي تحمل مسؤوليتها ومواجهة مخاطرها. ويعهد رابعها: بهذا الاختصاص -وعلي الأكل في الدول الفيدرالية- إلي مجلس الشيوخ بها، علي تقدير أنه أقل عددا من مجلس النواب، وأكثر حكمة. ولأن الولايات غالبا ما تكون ممثلة فيه بصورة متكافئة بما يري مصالحها.

٥٦٥- وفي مصر تنص المادة ١٥٠ من دستورها، علي أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى لقواتها المسلحة، وهو يطن الحرب بعد موافقة السلطة التشريعية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يتولى الكونجرس -لا رئيس الجمهورية- إعلانها عملاً بالفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الفيدرالي التي تخول الكونجرس كذلك، تكوين الجيوش ودعمها Raise and Support Armies من خلال رصد الأموال اللازمة لها لفترة لا تزيد علي سنتين. وللكونجرس كذلك الحق في تكوين وصون الأسطول، وأن ينظم الميليشيا ويسلحها ويعمل علي ضبط نظامها. وهو يدعوها لتنفيذ قوانين الاتحاد، ولمسح كسل عصيان أو تمرد. وسلطته في ذلك عريضة في اتساعها إلي حد تجويزها في زمن الحرب، القوانين التي تعتبر مخالفة للمستور في زمن السلم. ذلك أن هذه السلطة لا تتناول بالتنظيم مسائل تدخل عادة في اختصاص الولايات الأعضاء في الاتحاد. وهي تتخذ لتحقيق ذلك، ما تراه من القوانين الملائمة والضرورية (١) The proper and necessary clause.

(٢) M.Farrand, The Records of the Federal Convention of 1787 (New Haven: rev.ed. 1937), 313.

وقد دافعت أصوات قليلة عن أن الاختصاص بإعلان الحرب، كان يجب أن يعهد به الي رئيس الجمهورية الذي لن يشن حرباً إلا اذا كانت الأمة تؤيده فيها.

### المبحث الثاني

#### الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة

٥٦٦- وأما كانت الجهة التي اختصها الدستور بإعلان الحرب، فإن إعلانها يقتضيها أن توفر الأوضاع الأفضل التي يقتضيها الدفاع عن الوطن. وعليها بالتالي أن تعمل جاهدة على أن يتهيا لجيوشها على اختلافها، أكثر الوسائل القتالية كفاءة؛ وأفضل الفرص لإدارة عملياتها الحربية، وأن تتعامل مع الأوضاع التي أفرزتها الحرب حتى بعد انتهاء الأعمال العدائية، وأن يكون ذلك كله موكولا إلى حكمتها وحسن تقديرها. وبمراعاة أن سلطتها التقديرية في ذلك لا تقتصر على مجرد قهر الغزاة ورد العصاة على أعقابهم، ولكنها تحمل في أعقابها وبالضرورة- حق الاستغفار بما يحول دون تجديد القتال<sup>(١)</sup>؛ وكذلك سلطة مواجهة الشرور الناجمة عن الأعمال القتالية، ليس فقط اعتبارا من بذنها وحتى انتهائها. وإنما كذلك لتعويض المضرورين عما نالهم من نتائجها بعد انتهاء القتال.

ذلك أن إعلان الدولة حربا على غيرها، يخولها كامل سلطاتها التي يندرج تحتها اتخاذ كل إجراء وتدابير يؤثر في عملياتها، ويوجهها. فلا ينحصر مداها في سحق الغزاة والمتمردين، ولا في ردعهم عن حدود الدولة الإقليمية. وإنما تنسج سلطاتها لمهام الدفاع عن الوطن بكل صورها؛ بما في ذلك تجهيز الجيوش وتنظيمها وتسليحها، وصون معداتها القتالية وتطويرها، وضمان تكفيها في توقيتاتها على مسرح القتال، وتحقيق أمن أفرادها من أية مخاطر يكون النزق أو الإهمال سببها، ولا تقتضيها الأعمال الحربية في ذاتها، ولا الطبيعة العرضية لأثارها.

ويتصل بضرورة التجهيز للحرب، ودعم وسائل وفرص الفوز بها، أن القوات المسلحة قد تعلن عن حاجتها لبعض المتطوعين للعمل في وحداتها، وعلي الأخص في قواتها ووسائل دفاعها الجوية بالنظر إلى ما طرأ من تطور خطير على صناعة الطيران الحربي، والقدرة الفائقة للطائرة الحربية على إطلاق قذائفها بدقة متناهية وإمكان اعتراضها هي والطائرة التي تحملها قبل أن تصل أهدافها؛ وتعقد وسائل الدفاع جوا، وتطور شبكتها، والقوة المدمرة لصواريخها.

وإذا تفاضل القوات المسلحة بين هؤلاء المتطوعين، فذلك لاختيار أفضل العناصر من بينهم، بالنظر إلى ملكاتهم العقلية وإمكاناتهم البدنية وجرائهم وحزمهم وثباتهم وهنوء

(١) Stewart v. Kahn, 11 Wall. (78 U.S.) 493 (1871).

أعصابهم، وسرعة تصرفهم في التعامل مع الأوضاع الحربية المتغيرة، وقدرتهم على اتخاذ قرار حاسم بشأنها قد يؤثر في مصيرها.

ومن ثم تكون مهاراتهم Skill؛ وطريقة أدائهم لواجباتهم، Performance؛ وسرعتهم في اتخاذ القرار Speed، وثباتهم Reflexes وقوة أعصابهم Nerves وجراثيمهم Guts، وصفاء ذهنهم Brains؛ شرطاً لاستخدامهم.

لا تمييز في ذلك بين الرجل والمرأة. إذ الجدارة بكافة عناصرها، هي التي تقدم بعضهم على بعض، وهي التي تتوافر بها عناصر التفرد التي يتفاضل بها بعض المتزاحمين على الوظيفة على بعض، ليكون مناط أولويتهم في شغلها، تفوقهم Excellence من جهة قدر استعدادهم Readiness وتأهيلهم Preparedness وصلابتهم Strength ومرونتهم Flexibility. ودون ذلك يكون التمييز بين الرجل والمرأة غير مشروع، ومخالفاً للدستور.

٥٦٧- ويظل ثابتاً أن الاستعداد للحرب زمن السلم، هو أقصر الطرق وأوثقها لضمان تجنبها The surest means of avoiding war, is to prepare it in peace.

ذلك أن القوة لا تردعها إلا قوة توازيها أو ترجحها، فلا يكون التقابل بين قوتين غير تقدير لعناصر للتوازن أو التفاضل بينهما.

وفي ذلك ضمان لإجهاض نوازع الشر قبل استفحالها، والتعبير عنها من خلال حرب هجومية أو دفاعية.

وعليها بالتالي أن تتخذ للحرب أهبتها، وأن تنهيا لمواجهتها إذا اضطرم أوارها. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وسائل تكفل لها المنعة والغلبة. ويندرج تحتها، تشييدها الطرق السريعة، ونشر شبكتها وضمان تواصل خطوطها، ونوافر بدائلها، والعمل على استثمار الطاقة النووية لاستخدامها في الأغراض السلمية والحربية على سواء؛ وإنشاء سدود لاحتجاز مياه الأنهار بقصد توليد الكهرباء منها؛ ورصد الأموال الضخمة لتطوير البرامج التعليمية وتحديثها؛ واقتحام علوم الفضاء؛ وحفز المواطنين على الإقبال عليها. ذلك أن الدول جميعها حقا رئيسيا في أن تتخذ كافة التدابير التي تؤمن بها وجودها.

### المبحث الثالث

#### الأثار التي ترتبها الحرب على حقوق الأفراد

٥٦٨- وصح القول بالتالي بجواز الحد من حقوق الأفراد بقدر الضرورة التي تملئها الأوضاع الحربية، كفرض قيود على الأسعار وأجور المساكين، وتقليص الوسائل الإجرائية التي ينازع الأفراد من خلالها في مشروعية بعض أعمال الحكومة. إذ من المفترض في كل مواطن أن يقبل في خضم الحرب الشاملة التي يعيشها، التضحية ببعض حقوقه كحقوق الملكية، وأن يتحمل صعبا لا تقل عن تلك التي ينوء الجنود بها في حومة الوغى، والتي قد يفقدون حياتهم بسببها<sup>(١)</sup>. بل إن سلطة الدولة في إقصاء غير المواطنين عن إقليمها وقت الأعمال الحربية، تكاد أن تكون كاملة<sup>(٢)</sup>.

ولا مخالفه في القيود التي تفرضها حالة الحرب أو إعلانها للدستور، بشرط ارتباطها عقلا بأهدافها.

فالذين يستثيرون للجماهير ويحرضونها على عصيان الحكومة بمناسبة حرب أعلنتها، وكذلك الذين يناهضون الأعمال الحربية وينادون بوقفها، إنما يؤثران بأقوالهم التي يروجونها في عضد المقاتلين، فلا يحميها الدستور. ولو كانت مثل هذه الأقوال جائزة في زمن السلم بالنظر إلى إعاقها الأعمال الحربية، وتقويضها عزيمة المحاربين<sup>(٣)</sup>.

ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية، أن تبطل كل قانون لا يظهر فيه صلة منطقية بين القواعد الاستثنائية التي أتي بها، وبين مخاطر الأعمال الحربية ومتطلباتها.

فإذا كان هذا القانون جنائيا؛ وكان مشوبا بالقموض بما يجهل بأحكامه، فلا يفقهها أوساط الناس، ولا يفقون بالتالي على دلالتها. بل يتخبطون في فهمها وفيما قصده المشرع منها، فإن دائرة التجريم تخطط بأفعال لا شبيهة في مشروعيتها، بما يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، ولو ندرع المشرع بأن حربا قائمة لها متطلباتها؛ وأن ذلك القانون ما أقر إلا في نطاق الضرورة التي أملتتها. ذلك إن حقوق المواطنين وحرياتهم الجوهرية، لا يجوز الإخلال

(١) Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co., 251 U.S. 146 (1919); Lichter V. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) Fila Fiallo v. Bell, 340 U.S. 787 (1977).

(٣) Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920); See Schenck v. United States, 249 U.S. 47, (1919); Debs v. United States 249 U.S. 211 (1919).

بضماناتها<sup>(١)</sup>، ويندرج تحتها حظر تعذيبهم، أو إيقاع عقوبة عليهم بأثر رجعي؛ ولوعن جرائم حدد المشرع أركانها بما لاخفاء فيه.

كذلك فإن سوقهم إلى دائرة الاتهام في غير جريمة تقتضيها الضرورة الاجتماعية، يقيد من حريتهم دون مقتضى. ولا يجوز كذلك حتى في الأوضاع الاستثنائية، معاملتهم بما لا يحفظ عليهم كرامتهم.

وفي الدول الفيدرالية، يتعين التمييز من جهة بين مصالح قومية لا تخص ولاياتها، وليس لها من شأن بها، ولا تعتبر مقطعة من اختصاصاتها التي كانت تباشرها قبل انضمامها إلى الاتحاد؛ وبين الشؤون المحلية التي تدخل أصلاً في اختصاص ولاياتها - كل في نطاق إقليمها - من جهة ثانية.

ذلك أن نولى الحكومة المركزية الشؤون القومية التي تتفرد بصرفها؛ وتنهض وحدها على مسؤوليتها؛ وتنظمها بشريعاتها، دون الشؤون المحلية التي تتفرد بها ولاياتها، مرده أن هذين النوعين من الشؤون مختلفان مصدراً، وطبيعة.

وما يقال من أن الحكومة المركزية لا يجوز أن تباشر من الحقوق غير تلك التي عدتها نصوص الدستور الفيدرالي وإخصتها بها Enumerated rights بصريح ألفاظها؛ وكذلك ما يندرج ضمناً Implied rights في إطار اختصاصاتها المصرح لها بها، مما يكون ملائماً وضرورياً لإعمال مقصدها Laws necessary and proper to Carry these express powers into execution، لا يصدق إلا على الشؤون المحلية التي ما كان للحكومة المركزية أن تباشر بعض جوانبها، لو لم يكن الدستور الفيدرالي قد اقتطعها من ولاياتها بعد قبولها النزول عنها، كأثر لانضمامها إلى بعضها البعض، في إطار وحدة فيدرالية تجمعها.

ولا كذلك الشؤون القومية التي ليس لولاياتها من دخل بها، ولا وجه لتدخلها فيها، إذ هي التي تحفظ للدولة الفيدرالية تماسكها، وتكفل انضمامها إلى أسرة الدول.

(١) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في ذلك:

Even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties.

انظر في ذلك:

Home Building and Loan Assn. v Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934)



ومن ثم كان منطقياً أن تتفرد الحكومة المركزية بمباشرة حقوق السيادة ففى الشؤون الخارجية. وهى حقوق يندرج تحتها إعلان الحرب وشنها؛ والجروح إلى السلم؛ وإبرام أية معاهدة دولية تربطها بغيرها من الدول؛ وصون علاقاتها الدبلوماسية معها؛ ولمتاع تدخلها فى شؤونها.

وهذه الشؤون القومية التى تظل حقا منفردا للحكومة المركزية، لا تتلقاها عن الدستور الفيدرالى، ولكنها تتفرد بتصريفها بالنظر إلى تعلقها بالسيادة الخارجية التى تملكها وتحيط بها، ولو لم يعهد الدستور الفيدرالى لها بها.

ذلك أن حقوق الدولة الفيدرالية فى هذا النطاق تماثل -فى طبيعتها- الحقوق المقررة لغيرها من الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية. وهى ترتد -فى مصدرها- إلى قواعد قانون الأمم The Law of Nations التى تحكم علاقاتها بغيرها من الدول.

وإذ كان ما يتعلق بالشؤون القومية، إنما يدخل فى الاختصاص المنفرد للدولة الفيدرالية بحكم انتمائها إلى أسرة الأمم؛ فإن إعلانها حرباً على غيرها من الدول، وإن كان شأناً قومياً تتولاه بغير نص فى الدستور، إلا أن تصديها للحقوق الفردية لمواطنيها فى ولاياتها، وتنظيمها لها بعد هذا الإعلان، بما يقيدها؛ مؤداه انتزاعها جانباً من اختصاص ولاياتها فى الحدود التى يقتضيها تنظيم هذه الحقوق.

#### ٥٦٩- ويتصل بالحرب وسلطانها أمران على قدر كبير من الأهمية:

**أولهما:** أن إعداد الجيوش للمهام القتالية على اختلافها، ليس مما يجوز التهاون فيه. وعلى السلطة التشريعية منفردة أو بالتعاون مع رئيس الجمهورية، أن تتخذ كافة التدابير -جملة فى ذلك توفير الموارد المالية الكافية- التى تميزها على بلوغ قواتها المسلحة غاية الكمال فى تنظيمها وضبطها وتهيتها للقتال حتى لا تتعرض خطأها، أو تفتل قدراتها. ولا يخل ذلك بحقها فى دعوة الميليشيا وتنظيمها وتسليحها. بل إن هذا الحق يعتبر تابعا للحق فى تنظيم جيوشها وإعدادها كي تكون أعز نفرا، وأمن عدة، وأفضل تدريبا، ولشد شكيمة.

ولا يجوز بالتالى أن يتقاعس المواطنون عن الاتخراط فيها وفقا للقانون. وإنما يلزمون جميعهم بالالتحاق بها إذا توافرت فيهم شروط انخراطهم فيها، Sanctioned

Compulsory Military Service، ولو ناقض فرض الجندية عليهم، حق آبائهم في توجيههم أو توليهم لشئونهم وإشرافهم عليها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن المجندين يتساوون في أهليتهم وتكاتفهم لحماية أوطانهم. ولا يعتبر حملهم على العمل في إطار خدمتهم الإلزامية بها، من قبيل الارتفاق أو السخرة. ذلك أن حظر الارتفاق والسخرة لا يتوخى غير ضمان الحرية في حماية حكومة قادرة لا يتصور بعد تجريدتها من سلطاتها الحيوية التي ترد بها العنوان عن إقليمها، أن تكون قادرة على حماية مواطنيها من الاستعباد. وعليهم بالتالي أداء الخدمة التي يقتضيها واجبهم في الدفاع عن وطنهم في مواجهة المحن التي يتعرض لها، ولو كانت هذه الخدمة استثنائية في طبيعتها<sup>(٢)</sup>.

ويظل أداء الخدمة العسكرية واجبا إلزاميا على المطلوبين لها، ولو كان لبعضهم وجهه للاعتراض على خوض القتال بالنظر إلى وجهة نظر فلسفية يستصوبونها، أو لأن عقيدتهم الدينية تمنعهم من أدائها، سواء بالنسبة إلى حرب بذاتها أو في الحروب جميعها.

Conscientious Objectors

ذلك أن واجبهم في الدفاع عن الوطن، يتقدم معتقداتهم جميعها، إذ ليس لأحد حقا من الدستور A Constitutional Right في التخلي عن وطنه وقت الشدة حتى مع صحة القول -وهو صحيح- بأن اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم أوضاع العسكريين -الذين يختلف مجتمعيا عن المدنيين- عرض الاتصاع شديد المرونة<sup>(٣)</sup>، وأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تحيل إلى حسن تقدير السلطة التشريعية Deference to Legislative Judgment في مجال تنظيمها لشئون العسكريين وضبطها لنظامهم ودعمها لقواتهم تجهيزا وتسليحا وتمويلا .

<sup>(١)</sup> نظرت بعض الولايات في أمريكا إلى التجنيد الإجباري باعتباره منطوبا على نوع من الارتفاق مقرر جبرا ضد المواطنين الذين يدعون إلى الخدمة بالمخالفة للتحويل الثالث عشر للدستور الأمريكي الذي يفصي بأنه لا يجوز استبعاد أو فرض ارتفاق على أي شخص في الولايات المتحدة أو في الأماكن الخاضعة لولايتها، ما لم يكن ذلك عقابا على جريمة حوكم الشخص عنها وفقا للقانون.

انظر في ذلك من ٢١٣ من مؤلف عنوانه "دستور الولايات المتحدة الأمريكية -تحليل وتفسير، أعدته خدمة الكونجرس البحثية- مكتبة الكونجرس -واشنطن طبعة ١٩٩٦".

<sup>(٢)</sup> Butler v. Perry, 240 U.S.328,333 (1916); See also United States v.O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

وفي هذه القضية الأخيرة ألزت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قانونا يحظر على المطلوبين للتجنيد تمزيق بطاقات استدعائهم للجندية.

See also, Rostker v.Goldberg, 453 U.S.57,59 (1981).

<sup>(٣)</sup> Parker V.Levy, 417 U.S. 733 (1974).

وصح بالتالي حمل هؤلاء المعارضين على أداء الخدمة العسكرية التي يرفضونها، وإن جاز للسلطة التشريعية -التي تقر تشريعاتها وفق السيادة التي ترتأياها- أن تتسامح مع الذين ينفرون من القتال عقيدة -لا تحاذل- على تقدير أن ذلك من الرخص التي تملكها في حدود سلطتها التقديرية التي تخولها كذلك حرمان المقاتلين من حمل مواد أو أوراق تؤثر في ولائهم أو تخل بنظامهم أو تقوض قيمهم الخلقية<sup>(١)</sup> أو تدعوهم إلى عصيان الأوامر<sup>(٢)</sup>.

ولها -فضلا عما تقدم- أن تمنعهم من التظاهر أو الدفاع في وحداتهم عن مذاهبهم السياسية<sup>(٣)</sup>؛ وأن تحدد كذلك سن الأشخاص الذين يقبلون في الخدمة العسكرية وقواعد توزيعهم، ونطاق حقهم في التعويض عن خدمتهم.

وإحالة جهة الرقابة على الدستورية إلى حسن تقدير السلطة التشريعية في وزنها لاحتياجات الجيوش والأسطول، هي التي دعته إلى الحكم بدستورية تشريعاتها التي تقتصر الخدمة العسكرية على الرجال دون النساء بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمتفردة للنظم العسكرية، التي لا يعينها غير ضبط النظام في الوحدات القتالية، والارتفاع بقوة عزمها وضمان تماسكها خلقيا ومعنويا وماديا.

ثانيهما: أن شرور الأعمال الحربية وويلاتها لا تقتصر على المضار المترتبة على خوض معاركها؛ ولكنها تتراخى أحيانا وبالنظر إلى تطور مخاطر الأعمال الحربية في معطياتها المعاصرة -لسنين عديدة بعد انتهائها.

وهي تلحق بالانتمية الداخلية على الأخص، أضرارا عميقة إزاء توجيه الموارد جميعها -سما كان منها ماديا أو بشريا- للمجهود الحربي، سواء وقت التمهيد للأعمال الحربية أم بعد بدايتها وحتى نهايتها.

ولو جاز للسلطة التشريعية أن تتدخل بتشريعاتها لتضمد كافة الجراح التي نكأتها الأعمال الحربية -لسنين عديدة بعد انتهائها- وأن تلجأ في ذلك إلى الحقوق المفرطة في مداها، والتي تخولها إياها سلطاتها في الحرب -هي غامضة في ماهيتها، وتخومها، أو الدائرة الحقيقية التي تعمل فيها- لصار بوسعها أن تباشر سلطة استثنائية في طبيعتها في غير الأحوال التي رصدتها الدستور عليها، استثمارا منها لهذه السلطة في غير موجباتها،

(١) Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976).

(٢) Porker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974).

(٣) Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57 (1981).

وإبقاء من جهتها على حالة حرب لم يعد لها من وجود، من خلال بسطها إلى آفاق لا تسعها، بما يناقض الأغراض المقصودة منه<sup>(١)</sup>.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الهيئة النيابية بعد انتهاء الأعمال الحربية، غير ركون من جانبها لسلطاتها الاستثنائية التي خولتها إياها حربا خاضها الوطن وانطفا لهيبها.

ولن تحكمها في هذه التدابير غير العاطفة الوطنية التي لا تزال منكدة جنونها حتى بعد انتهاء الأعمال الحربية.

وعادة تتأثر جهة الرقابة على الدستورية بهذه العوامل الوطنية عند تقييمها دستورية القوانين المطروحة عليها، فلا ترزنها بالقسط، وإنما تميل معها وإليها لتخطو بها نحو بر الأمان، بما في ذلك تساهلها في تقييم مشروعية القيود التي فرضتها على مواطنيها، ولو تحقق ذلك في الدول الفيدرالية من خلال انتزاع سلطاتها التشريعية المركزية، جانباً من الحقوق التي يدخل تنظيمها أصلاً في اختصاص ولاياتها.

وبعيداً عن العاطفة الوطنية، فإن جهة الرقابة القضائية عن الدستورية، كثيراً ما تسترد في تقييم التدابير الاستثنائية التي تواجه بها الدولة حرباً تخوضها، إما لاعتبار يتعلق بالتحوط في مباشرة هذه الجهة القضائية لولايتها؛ وإما لعدم رغبتها في مباشرة هذه الولاية في مواجهة تدابير غير مألوفة لها؛ وإما لأن السلطة التشريعية أو التنفيذية هي الأكثر علي تقييم ملائمة هذه التدابير؛ وإما بناء على هذه العوامل جميعها.

٥٧٠ - ويتعين بالتالي أن نوازن بين أمرين :

أولهما: أن الآثار الخطيرة عواقبها، الناجمة عن الأعمال الحربية بعد انتهائها، لا يجوز تركها على حالها حتى لا تتفاقم.

ثانيهما: أن تنظيم الأعمال الحربية في بنحها وحتى انتهائها، بل وإلى ما بعد عودة المقاتلين إلى وطنهم وإلقائهم لأسلحتهم؛ وإن كان شأناً قومياً؛ إلا أن استعمال الهيئة النيابية لسلطاتها الاستثنائية -التي لا تملكها أصلاً إلا في خضم حروبها وبمناسبتها- لتنظيم أوضاع خلفتها بعد انتهائها، لا يجوز القبول به إلا لفترة قصيرة نسبياً، حتى لا تؤزل سلطاتها

(١) انظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Jackson في قضية:

Woods v. Cloyd W. Miller, Co. 333 U.S. 138 (1948).

الاستثنائية هذه، إلى حقوق دائمة تتسلط بها على مواطنيها، وتقيد بها حرياتهم، فلا يتفكرون منها.

وعلى ضوء الموازنة بين هذين الاعتبارين، يتعين على جهة الرقابة عن الدستورية، أن تنظر من جهة إلى العلاقة المنطقية بين نتائج الأعمال الحربية ودرجة خطورتها على المصالح القومية إذا لم تتدخل السلطة التشريعية لعلاجها من جهة؛ وإلى نوع ونطاق التدابير التي اتخذتها لمواجهة مضار هذه الأعمال من جهة ثانية؛ وأن تمحص بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها ومتطلباتها. فالمقاتلون الذين يعودون إلى الوطن بعد تسريحهم، قلما يتوافر لهم فرص العمل المواتية، أو تنهيا لهم أماكن يستظلون بها ويفنون إليها لإيوائهم فيها.

فإذا تدخل المشرع لإنهاء بطالتهم، ولضمان سكنهم، كان ذلك شأنًا وثيقًا للصلة بالسلامة القومية في أبعادها الداخلية؛ لا يقل أهمية عن ضرورة صونها من المخاطر الخارجية التي تهددها، والتي قد تعجز الدولة أحيانًا عن مواجهتها، بغير إعلانها حربًا على الطامعين فيها، بعد أن تعد لها القوة التي تستطيعها لإرهابهم وإزهاق باطلهم.

والسلطة التشريعية أن تقرر القواعد التي تعيد الحكومة على ضوئها، النظر في العقود التي أبرمها المتعاقدون معها، من أجل تزويد الجيش والأسطول باحتياجاتهما، وأن تقطع من أرباحهم التي حققتها هذه العقود، ما يزيد على معدلاتها المنطقية.

ذلك أن السلطة التشريعية، وإن كان من اختصاصها أن توفر لقواتها المسلحة ضروراتها التي تعينها على القتال، إلا أن شرط ذلك أن تحصل عليها بالوسائل الضرورية والملائمة. فلا يتخذ المتعاقدون مع الدولة من الحرب التي أعلنتها، طريقًا إلى الانتهاز للحصول بسببها على غنائم طائلة لا مبرر لها. ولا يعتبر تفويض الحكومة في إعادة النظر في تلك العقود، والتفاوض عليها من جديد، مخالفًا للدستور. ذلك أن كل سلطة لها أصل من قواعد الدستور، تقيد بالضرورة إمكان التفويض فيها بما يحق أغراضها؛ ويكفل فعاليتها.

ويبدو ذلك جليًا على الأخص بالنسبة إلى سلطة الحرب التي تتمتع الهيئة النيابية في نطاقها بسلطة تقديرية واسعة تخولها بالضرورة اختيار أفضل البدائل لإعمال مقتضاها.

كذلك فإن سلطة الحكومة في استرداد الأرباح المغالى فيها التي حصل عليها، أو التي سيجنيها المتعاقدون معها بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، لا تعتبر من قبيل الاستيلاء غير المشروع على أموالهم؛ ولا هي انتزاع للملكية الخاصة لغرض عام بغير الوسائل القانونية

المليمة؛ ولا هي عقوبة توقعها الحكومة عليهم؛ ولكنها أكثر شبيها بسلطتها في التدخل في الأسعار أثناء الأعمال الحربية، لتحديد أقصاها. وهي قريبة كذلك من الضريبة المتصاعدة التي تقتضيها على الدخول المرتفعة إلى حد اقتطاع جزء هام منها يزيد بطبيعته على الحدود المقبولة للدخل<sup>(١)</sup>.

٥٧١- وللسلطة التشريعية -وبحكم مسؤوليتها عن صون المصالح القومية لبلدها زمن الحرب- أن تفرض رقابتها على أسعار السلع، وأجرة الأماكن في النطاق الداخلي؛ وأن توفو لأصحابها عائدا معقولا لحقوق الملكية عليها. ولا يعتبر ذلك إخلالا منها بشرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

وكما كان الجزاء على مخالفة القيود التي فرضتها على هذه الأسعار وتلك الأجرة، جنائيا، فإن تشريعاتها المقررة لهذا الجزاء، يتعين أن تصاغ بما لا يجهل بمضمونها، أو يشير الغموض حول حقيقة نوايها. ولا يكفي بالتالي أن ينص القانون على أن الأجرة والأسعار المسموح بها، هي تلك التي لا مغالاة فيها. ذلك أن حد المغالاة هو مجاوزة حدود الاعتدال، وكلاهما تعبير غامض لا يحدد بصفة قطعية نطاق الأفعال التي أثمها المشرع، ولا يكشف بما لا خفاء فيه، عن حقيقة أوصافها.

وفيما يتعلق بالسلع التي تنسم بقلّة المعروض منها في الأسواق؛ فإن ترشيد استهلاكها Rationing لضمان حصول السكان جميعهم على الحد الأدنى لاحتياجاتهم منها، يكون حقا للسلطة التشريعية التي لها كذلك أن تفوض رئيس الجمهورية في هذا الاختصاص. ولا يعتبر هذا التفويض مخالفا للدستور.

ذلك أن مباشرتها لسلطاتها الاستثنائية العريضة في اتساعها زمن الحرب؛ هو إعمال من جانبها لسلطانها التقديرية التي تكفل بها لأمتها أبق مصالحها، وتؤمن من خلالها حياتها. بل إن سلطتها في ذلك تكاد أن تكون كاملة، شأنها شأن سلطاتها البوليسية التي ترعى من خلالها الأوضاع الصحية لمواطنيها، وتكفل بها سلامتهم، وقيمهم الخلقية.

ويتعين بالتالي استنهاض كل قرينة تؤيد دستورية تشريعاتها في هذا المجال؛ ولو كان سريانها بعد انتهاء الأعمال العدائية.

(١) Renegotiation Act of 1951, 65 Stat. 7 as Amended.

(٢) Woods v. Cloyd W. Miller Co., 333 U.S. 138 (1948).

ومن المحقق كذلك، فإن اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي يلتزم مواطنوها بها -في نطاق جهودها لضمان تقدم الأعمال القتالية، وبلوغ الأغراض المقصودة منها- قد يقتضيها منهم من التجول في مناطق بذواتها أو إجلائهم عنها<sup>(١)</sup>.

فلا يدخلونها، أو يقربونها، أو يبقون فيها، أو يرتكبون عملا بها، وإلا حق عقابهم إذا كانوا يعلمون أو كان ينبغي عليهم العلم بحقيقة هذه المناطق، وبالتدابير الاستثنائية التي تحيطها<sup>(٢)</sup>.

على أن الاختصاص بحظر تجول المواطنين في بعض المناطق أو إجلائهم عنها، لا يخول السلطة التشريعية ولا التنفيذية، أن تأمر باحتجاز مواطنين لم يصدر في شأنهم اتهام بالعصيان أو بالمروق عن الولاء لوطنهم.

ذلك أن احتجازهم على هذا النحو -ولفترة تزيد عما يكون ضروريا للتحقق من سلوكهم- يعتبر عملا منطويا على حرمانهم من الوسائل القانونية السليمة التي يقتضيها تحقيق دفاعهم. وكذلك من حريتهم في التنقل والعمل، وإخلالا بافتراض برائتهم، فلا يكون الإخراج عنهم إلا حقا دستوريا.

(١) ومن ذلك منع الأشخاص الذين هم من أصل ياباني *Of Japanese ancestry* من التجول في سواحلها الغربية. ورغم أن المحكمة الفيدرالية العليا أيدت هذا الحظر، إلا أن قضائتها *Roberts, Murphy, Jackson*، اعترضوا عليه على أساس أنه يشمل بأحكامه المواطنين والأجانب، ولأنه يقيم تمييزا عنصريا لا أساس له من الدستور، ويحرم الأمريكيين من أصل ياباني -من الحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليها في التعديل الخامس للدستور. وهو كذلك يمنعه من العمل والتوطن في الأماكن التي يختارونها، ومن التحرك بحرية في وطنهم الأمريكي. وقد جردهم هذا الحظر كذلك من الوسائل القانونية السليمة التي يستطيعون من خلالها عرض وجهة نظرهم في شأن ذلك الحظر. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أجازت احتجاز هؤلاء اليابانيين وإعادة توطينهم وذلك في قضية *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

(٢) يحدد قادة الجيوش عادة -كل في نطاق سلطته الميدانية- المناطق المحظور التجول فيها أو التي يحلّى المواطنون منها. وقد يحددها رئيس الجمهورية -بصفته قائدا أعلى للقوات المسلحة- أو يحددها وزير الدفاع إذا فوض في ذلك.

### المبحث الرابع

#### اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية

٥٧٢- ويختص رئيس الجمهورية -وباعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة- بتوجيهها في تحركاتها، واستخدامها بالكيفية التي يقرر ملاءمتها لتحقيق أهدافها، من إرهاب الفزاة ومطاردة قلوبهم حتى حدود دولتهم، أو فيما وراءها.

ومن ثم تكون القوة المسلحة، هي اليد التي يبطش بها إرهابا لأعداء بلده، ولحصار مدائنهم وقطع طرق إمداداتهم، واختراق خطوطهم الخلفية، وللحصول على كافة الحقائق عن تجمعاتهم ومصادر قوتهم وكيفية توزيعها، وحركتها، وخططها التي أعدتها للغزو، وكذلك عن شخصية القادة الذين يديرون معاركها وميولهم وانحرافاتهم. وسلطته في ذلك واسعة تصل إلى حد عزله لقادة جنده وإحلال آخرين محلهم.

ذلك أن تحقيق القوات المسلحة لمهامها القتالية على أتم وجه، يفترض خضوعها لرقابته، وكذلك سيطرته على كافة الموارد الاقتصادية التي تتيحها بلده، وأن يفرض حظرا على دخول أماكن حسدها، وأن تعين أن يأخذ موافقة السلطة التشريعية على بعض هذه التدابير أو كلها، أو أن يحصل منها على تفويض بإجرائها إذا كان الاختصاص بها أصلا داخلا في ولايتها.

وما تقرره أحيانا جهة الرقابة على الدستورية من أنها لا يجوز أن تحل تقديرها محل تقدير رئيس الجمهورية في التدابير التي اتخذها، ولا أن تناقش حكمتها؛ ولا أن تعارض حريته في المفاضلة بين البدائل، واختيار أنسبها وأفضلها لدعم المجهود الحربي؛ لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق.

ذلك أن صون حقوق المواطن وحرياته الأساسية، ضرورة لا يجوز التفريط فيها حتى في زمن الحرب. والقول بأن حوائج الأعمال الحربية أو متطلباتها، تقتضى انتزاع المواطنين من ديارهم وحملهم على تركها -ولو بصفة مؤقتة- أو احتجازهم وإعادة توطينهم في غير أماكنهم الأصلية؛ مردود بأن رئيس الجمهورية لا يجوز أن يقيم هذه التدابير أو ما يماثلها على نوازع عرقية -أو بناء على غيرهما من صور التمييز بين المواطنين التي لا يجوز القبول بها- وحصر عنها إنصافها؛ شأن رئيس الجمهورية في ذلك شأن قادة الجيوش فيما يتخذونه من تدابير.



ولا يجوز بالتالي أن تركز السلطة القضائية في اعتمادها لهذه التدابير -وما هو على منوالها- على أنها لا يجوز أن تحل نفسها محل تقدير قادة الجيوش، ولا أن تناقش صوابهم فيما فعلوه، ولا حكمتهم فيما أمروا به. ذلك أن الحقائق التاريخية تشهد في مجموعها، بأن ثمة قواعد جوهرية تحكم إدارة الأعمال الحربية، وأن من يوجهون هذه الأعمال كثيراً ما تخفوا وراءها لإساءة استعمال سلطاتهم، وأن احتجازهم بعض الأشخاص كان في كثير من صوره، بغير مبرر.

ويتعين على السلطة القضائية بالتالي إخضاع هذه التدابير لرقابتها باعتبارها وسائل لتحقيق أغراض تستهدفها الأعمال الحربية.

إذاً لم يكن لهذه التدابير من صلة بأهدافها الرئيسية، بل أقحمها رئيس الجمهورية أو معاونوه عليها، لتخرج عن الدائرة التي رسدها الدستور إطاراً لها، فإن إبطالها لمخالفتها الدستور، يكون واجباً.

٥٧٣- ويظل ثابتاً أن الحرب بسلطاتها الاستثنائية، عارض يطرأ على الدولة. وعليها بالتالي أن تنقذ في مباشرتها لسلطاتها هذه، بالضرورة التي أمثلها، حتى لا تتحول سلطاتها العرضية المعقدة بدواعيها، إلى حقوق دائمة منفصلة ضوابطها.

ويتعين دائماً أن يؤخذ في الاعتبار أن للدساتير بوجه عام سوفي إطار نقتها في حصن تقدير السلطين التشريعية والتنفيذية لطبيعة ونطاق المخاطر التي تهدد الوطن -تمنح هاتين السلطين حرية كبيرة في مجال تقييم المخاطر في أصلها ومداهما، وكذلك فيما يعتبر من التدابير التي يتخذانه لمواجهة هذه المخاطر، أنسبها لإجهاضها أو الحد من تفاقمها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن سلطة الدولة في اتخاذ هذه التدابير، لا تتفصل عن واجبها في العمل بكل طاقاتها علي صون وجودها. ولها في هذا النطاق، أن تعتمد كل تدبير تراه ضرورياً<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز لها بالتالي في غير الحرب الفعلية -كال حرب الباردة- أن تعتقل أفراداً لمجرد انتمائهم إلى حزب يعارضها، ولا أن تمنعهم من تولي وظيفة في منشأة دفاعية. بل إن حرمانهم من العمل، يفرض عليهم الخيار بين انتزاع الحق فيه، وبين حريتهم في التعبير والاجتماع للدفاع عن الآراء التي يؤمنون بها. وهو خيار سيئ لمخالفته للدستور، خاصة إذا

(١) Parker V. Levy, 417 U.S. 733, 758 (1974).

(٢) Ex parte Milligan, 4 Wall. (71 U.S.) 2 (1866).

كان الحرمان من العمل، من الاتساع، ليشمل الذين يهددون الدولة من خلال الأفكار الهدامة التي يروجونها، ويعملون على تحطيم الدولة من خلالها؛ وغيرهم ممن يعتقدون أفكارا تعارضها، ولا يعادونها أو يهدونها.

### المبحث الخامس

#### تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب

٥٧٤- ويتعين أن يكون واضحاً أن إعلان السلطة التنفيذية أو التشريعية أو بالتفاهم بينهما، حرباً على دولة أخرى، ليس مجرد إفصاح عن النوايا قبلها، وإنما هو ابتداء وانتهاء ضمان لشنها وتوجيهها بوسائل مقننة، وبالطرق الأفضل لتحقيق نتائجها المرجوة.

وصح القول بالتالي بأن ما لا يكون مقبولاً دستورياً من القوانين في زمن السلم، قد يكون موافقاً للدستور إذا أقرتها السلطة التشريعية بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، وأن أوجه الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق الأفراد وحرياتهم تقتضي معاملة مختلفة وقت الأعمال الحربية، وفي سياقها The Military Context.

وأية ذلك أن بعض صور التمييز التي تعتبر منهاها في زمن السلم لمخالفتها للدستور؛ هي ذاتها التي تعتمد أحياناً -جهة الرقابة على الدستورية إذا اقتضتها الأوضاع الحربية وفرضتها متطلباتها.

فالتمييز بين المواطنين تبعاً لأصلهم غير جائز أصلاً. ولكن المحكمة العليا الفيدرالية أقرت دستورية قانون صدر عن الكونجرس يخول الحكومة احتجاز وإعادة توطين اليابانيين المقيمين في الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، بالرغم من أن هؤلاء اليابانيين صاروا من مواطنيها بعد ميلادهم فيها. وكان سندها في ذلك، أن هذا القانون، توخى منعهم من أعمال التجسس وغيرها من الأعمال التخريبية Sabotage وكذلك صون الشواطئ الغربية للولايات المتحدة الأمريكية من احتمال هجوم معاد من اليابان عليها، وعلى أساس أن هذا القانون كان متناسباً مع الخطر المائل، شأنه في ذلك شأن غيره من القوانين التي تفرضها الأوضاع الحربية وتقتضيها. فلا تكون القيود التي تفرضها جهة الرقابة على الدستورية على الهيئة النيابية في زمن السلم، غير الوجه المقابل لإطلاق سلطاتها الاستثنائية زمن الحرب، بقدر توخيها الأغراض المقصودة من الأعمال الحربية<sup>١</sup>.

(١) Korematsu v. United States, 323 U. S. 214, 220 (1944); See also, Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, second edition, p. 355.

والحكم الصادر عن المحكمة العليا في هذا الموضوع منقذ، ذلك أن مجرد احتمال وقوع أعمال عدائية من اليابانيين على الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، لا يبرر اعتقال أو احتجاز مواطنين لمجرد أنهم من أصل ياباني. وكان بوسع الدولة أن تقيد تنقلاتهم، وأن تمنعهم من الاقتراب من مناطق معينة تحدها. فضلاً عن أن الإجراء المتخذ ضد الأمريكيين من أصل ياباني، لم يتطرق بمن ينلون منهم الحكومة أو يهددونها.

وفى ذلك يقول Laurence H. Tribe أن النظرة القضائية لسلطات الحرب باعتبارها غير محدودة في مداها - وخاصة أثناء الحرب ذاتها - هي التي تقدم في النهاية، أكثر الدعايم قوّة للرقابة الصارمة التي تفرضها السلطة القضائية على السلطة التشريعية من أجل حملها على تنفيذ الحقوق الخاصة زمن السلم.

فإذا لم تقم السلطة القضائية بواجبها في تذكير السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية حين يكون بوسعها أن تنبيهها إلى ضرورة النزول عليها، فإن الأكل احتمالاً هو أن تكبح السلطة التشريعية زمام نفسها ببدها إذا كان احتماء المحاكم بصمتها هو خيارها العملي الوحيد<sup>(١)</sup>.

The judicially illimitable character of war powers, especially during war itself, is ultimately one of the strongest arguments for strict judicial enforcement of private rights in peacetime. If the judiciary does not remind congress of its constitutional obligations when such reminder is possible, it is less than likely that congress will remember to restrain itself when the courts see no practical alternative to silence.

(١) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, Second edition, P.355.

### المبحث السادس

#### مظاهر استعمال سلطة الحرب

٥٧٥- كذلك لا حصر لصور تدخل السلطة التشريعية من خلال سلطة إعلان الحرب -التي تفيد ضمنا حق التعامل مع الآثار المترتبة على توقفها- لتنظيم أوضاع القوات المسلحة، كإقرارها قانونا بحظر الدخول إلى مواقعها -وأحيانا إلى دائرة مجاورة لها- لغير المأذون لهم بالنفاذ إليها؛ وإخضاعها العاملين فيها لنظم استثنائية في طبيعتها لتحكم سلوكهم في القواعد الحربية وغيرها من الأماكن التي يحشدون فيها؛ وتقريرها لجزاء خاصة بهم ومحاكمتهم وفق قواعد إجرائية ينفردون بها؛ وإنشاء محاكم من نوع خاص بقصد عقابهم عن الجرائم العسكرية، وفق نظم مخالفة لتلك التي يألّفها المدنيون؛ ومقاضاتهم أمام هذه المحاكم -أيا كان مكان تواجدهم- هم والمدنيون الذين يرتبطون بالنظم العسكرية بصلة وتقي علي وجه أو آخر، وسواء كان خروجهم علي هذه النظم أثناء خدمتهم الفعلية، أم وقت استدعائهم من الاحتياط لتدريبهم، بشرط أن يكونوا من العاملين في القوات المسلحة وقت ارتكابهم الجريمة<sup>(١)</sup>.

وحتى في النظم الفيدرالية، فإن للسلطة التشريعية أن تمنع كل ولاية في الاتحاد من فرض ضريبة على الملكية الشخصية للجنود الذين يكلفون بمهام داخل حدودها الإقليمية، ولو كان موطنهم واقعا فيما وراء حدودها<sup>(٢)</sup>.

وقد تقم الدولة طرقا سريعة لدعم الأعمال الحربية أو تعمل علي تحقيق متطلباتها من خلال تطوير القوة النووية، أو تعيد بناء النظم التعليمية لأغراض الدفاع. وقد تعمل علي حفز همم المقاتلين من خلال تقرير قواعد إجرائية غايتها تأجيل نظر القضايا التي تقام ضدهم؛ وإرجاء تنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وحظر إخلاء عائلاتهم من الأماكن التي تسكنها؛ وتقييد تنفيذ الرهون التي رتبوها على أموالهم، إذا تخلفوا عن الوفاء بديونهم المضمونة بها؛ وإمهالهم إلى ميسرة لإلغاء أقساط بيوع دخلوا فيها<sup>(٣)</sup>.

(١) Solorio v. United States, 483 U.S.435 (1987).

(٢) Dameron v. Brodhead, 345 U.S.322 (1953).

(٣) ظاهر من هذه التدابير، أن المقصود بها هو عدم تشتيت انتباه أفراد القوات المسلحة لضمائم ترغهم لمهامهم القتالية.

يعاب علي المحاكم العسكرية خضوعها لتأثير القادة العسكريين. كذلك فإن مستويات الضمانات القضائية في المحاكم العسكرية مختلفة عنها في المحاكم المدنية.

See O'Callahan v. Parker, 395 U.S. 258,263- 264 (1969).

ويندرج في إطار دعم المقاتلين؛ رعايتهم صحياً، وصون بيئتهم من ملوثاتها، بما فى ذلك وقايتهم من الأمراض على اختلافها، وحظر تداول الخمر أو عرضها فى أماكن مجاورة من القواعد الحربية<sup>(١)</sup>؛ والاستيلاء على صناعة بذاتها كلما كان ذلك ضرورياً لضمان فعالية الدفاع عن الوطن. بل إن هذا الاستيلاء يكون لازماً كذلك، إذا أثار العمال شغباً فى صناعة معينة بما يعطل إنتاجها، أو كان إضرابهم وامتناعهم عن العمل فيها، قد طال أمده.

ذلك أن دعم المجهود الحربى قد يقتضى من الدولة حمل صناعة بذاتها، على أن يكون إنتاجها متولصلاً، وهو أمر لا يقل أهمية عن إلزامها للمواطنين أداء خدمتهم الجبرية فى قواتهم المسلحة. إذ يدخل كلاماً فى إطار دعم الأعمال الحربية وتوفير وسائل نفوقها<sup>(٢)</sup>.

The Constitution grants to Congress power to raise and support armies, to provide and maintain a navy, and to make all laws necessary and proper to carry out these powers into execution. Under this authority, Congress can draft men for battle service. Its power to draft business organisations to support the fighting men who risk their lives, can be no less.

وشأن الاستيلاء على صناعة بذاتها، شأن الاستيلاء على غيرها من الأموال المملوكة ملكية الخاصة.

ذلك أن اختيار الوسائل الأفضل لرد الخطر العام -ولو كان من بينها أخذ الملكية الفردية من أصحابها- يعتبر إجراء ضرورياً وملتماً؛ على تقدير أن مواجهة هذا الخطر ضرورة لا مناص منها، كلما كان دفعه أمراً لا يحتمل التأخير.

على أن أخذ هذه الأموال من أصحابها -وإن لم يتخذ صورة نزع ملكيتها لمصلحة عامة- موداه حرمانهم منها. ويتعين بالتالى أن يكون مقابل تعويض عادل، ولو كان هذا الاستيلاء لمواجهة خطر عاجل، أو واقعاً زمن الأعمال الحربية وبمببها.

فإذا لم يكن التعويض شاملاً ما حاق بأصحابها من ضرر، وما فاتهم من غم من جواء حرمانهم نهائياً من ملكهم؛ أو عن مدة هذا الحرمان إذا أخذ ملكهم بصفة مؤقتة؛ كان هذا

(١) Mckinley v. United States, 249 U.S. 397 (1919).

(٢) ويندرج تحت دعم المجهود الحرب، إنشاء الحرائق وتشبيد الطرق السريعة ومحطات القوى الكهربائية كلما كان ذلك لازماً لإمداد القوات المسلحة بالاحتياجاتها.

Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936).

التعويض غير عادل. إذ يتعين في كل حال أن يكون التعويض بقدر كامل القيمة التي جردها  
المشرع من ملكهم، محدد مقدارها وقت هذا التجريد<sup>(١)</sup>.

The full value of the property contemporaneously with the taking.

ويقوم الحق في التعويض كذلك، إذ دمر مواطن لمواليا يملكها توفيا لوقوعها في يد  
العدو.

والسلطة التشريعية -وفي مجال استعمالها لسلطة الحرب- أن تطلق أية صناعية لا تغيد  
في دعم المجهود الحربي، إذا كان تحويل طاقتها والعاملين فيها لدعم الأعمال الحربية أكثر  
نفعاً. إذ يدخل ذلك في إطار التنظيم الدقيق لكافة الموارد، بما يكتل تسخيرها اقتصادياً لتحقيق  
المهام القتالية على أفضل وجه. وهي مهام غايتها ضمان حرية الوطن من خلال رجال  
يضحون بها لا حصر فيه -بأرواحهم.

وما لم تدخل الدولتان المتحاربتان في معاهدة دولية يعدلان بها من الأحكام القائمة في  
القانون الدولي العام في شأن غنائم الحرب، فإن هذه الغنائم تكون حقاً خالصاً للدولة المستولة  
عليها<sup>(٢)</sup>. بل إن لكل دولة حق إبعاد رعايا الدول التي تعاديتها عن إقليمها، أو تحديد إقامتهم  
فيه، أو القبض عليهم دون قيود إجرائية. بل ومحاكمتهم بصورة مختلطة  
Summary Justice.

ذلك أن كون الشخص أجنبياً، لا يعتبر سبباً للتدابير المتخذة قبله، وإنما كان النزاع  
المسلح سببها، ويلده طرفاً فيه. ويجوز بالتالي إبعاد غير المواطنين حتى بعد انتهاء الأعمال  
الحربية<sup>(٣)</sup>. بل وتقديمهم إلى المحكمة العسكرية إذا تم ضبطهم داخل الدولة، أو في مواقع  
القتال، أو في أماكن قريبة منها، أو تتصل بها، خاصة إذا كانوا من المقاتلين المتخفين في غير  
أزيائهم، للعمل في الخطوط الخلفية<sup>(٤)</sup>.

٥٧٦- وبظل القانون العسكري هو القاعدة التي تحكم كافة الأعمال التي تقع في منطقة  
العمليات الحربية. ويفترض ذلك أن تكون المحاكم المدنية عاجزة عن مباشرة ولايتها. فإذا  
كانت أبوابها مفتوحة لمن يطرقونها، وكانت تبأثر ولايتها فعلاً في المنطقة التي تدعي السلطة

(١) United States v. Bethlehem Steel Corp. 315 U.S. 289 (1941).

(٢) The Hampton, 5 Wall (72 U.S.) 372, 376 (1867).

(٣) Ex Parte. Ouirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٤) Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948).

العسكرية أنها مسرح للأعمال الحربية؛ ووقوع العمليات الحربية فيها، فإن قرار هذه السلطة في ذلك، لا يقيد جهة الرقابة علي الدستورية<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن تفويض محافظ في إقليم أو حاكم في ولاية، بإعلان الأحكام العسكرية في بعض المناطق، لا يخوله إنشاء محاكم عسكرية تعمل إلى جوار المحاكم المدنية القائمة بمهامها دون عائق.

فإذا أحال المحافظ أو الحاكم، المدنيين عن جرائمهم المدنية إلى هذه المحاكم، كان قراره في ذلك باطلا<sup>(٢)</sup>.

(١) Ex Parte Milligan, 4 Wall (71 U.S.) 2 (1866).

(٢) Duncan V. Kahanamoku, 327 U.S.304 (1946).



### المبحث السابع حقوق الأقاليم المحتلة والأقاليم المضمومة

٥٧٧- وللسلطة التشريعية -وبحكم اختصاصها بإقرار القواعد القانونية التي تحكم الأقاليم التي احتلها الجيش أو الأسطول- أن تفوض رئيس الجمهورية في ذلك.

ولئن دل هذا التفويض على عزمها تخويل رئيس الجمهورية سلطة تنظيم الأوضاع المختلفة لهذه الأقاليم بما يلائمها، ويقر كبير من المرونة التي تقتضيها احتياجاتها؛ إلا أن هذا التفويض لا يعتبر تخلياً من جهتها عن اختصاصها الأصلي في إقرار كافة القوانين التي تقتضيها سلطات الحرب الاستثنائية. وتظل الأقاليم المحتلة مختلفة في المعاملة القانونية التي تحكمها، عن الأقاليم التي تقرر دمجها في الوطن الأم Incorporated Territories.

فبينما يفترض إلحاق إقليم بآخر وفق قواعد القانون الدولي العام، ضمهما إلى بعض ودمجهما في كيان واحد لا تمييز بين أجزائه؛ ليعامل الإقليم المنضم وفق القواعد ذاتها التي تطبقها الدولة الضامة على مواطنيها، فلا يحرمون حقاً أو حرية كفلها الدستور لكل مواطن؛ فإن الأقاليم المحتلة تظل لها ذاتيتها، فلا تحيلها سلطة الاحتلال إلى أراض تضمها إليها بغیر موافقة أهلها الذين يملكون وحدهم حق تقرير مصيرها.

ولئن صح القول بأن لكل دولة أن تحكم الأقاليم التي فتحتها، وأن تقيم فيها السلطة التي تعهد إليها بإدارة شئونها؛ إلا أن إلحاقها الأقاليم التي غزتها، بإقليمها هي، مؤداه اغتصابها لها، وإلحاق شعوبها بمواطنيها بمنطقة القوة والغلبة، الذي يتأبى على قواعد القانون الدولي العام في مفهومها المعاصر.

ومجرد فرض الدولة الفائزة لسلطاتها على الأقاليم التي قهرتها، لا يحيل سلطاتها هذه إلى حقوق دائمة. وإنما تظل لهذه الحقوق طبيعتها العرضية، إلى أن تستعيد السلطة الوطنية في الأقاليم المحتلة، صلاحياتها، سواء من خلال معاهدة دولية، أو بغير ذلك من الوسائل القانونية التي تملكها وفقاً لقانون الأمم.

ولئن قال البعض بأن الدولة التي احتلت الأقاليم التي غزتها، مقيدة بأن تحكمها وفق قواعد الدستور ذاتها التي تطبقها على مواطنيها، وأن هذه القواعد لا يجوز وقفها أو تعطيلها

في هذه الأقاليم لمدة قصيرة أو طويلة؛ إلا أن وجهة النظر الأدق هي أن سكان تلك الأقاليم لا يتمتعون بأية ضمانات دستورية غير تلك التي تتصل بحقوقهم أو حرياتهم الطبيعية أو الجوهريّة<sup>(١)</sup>.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تطبق في الأقاليم المحتلة قوانين جنائية بائر رجعى، ولا أن تفرض على سكانها عقوبة مهينة؛ ولا أن تلزمهم باعتناق عقيدة بعينها؛ ولا أن تعطلهم عن مباشرة شعائر عقيدة دخلوا فيها؛ أو تحملهم على القبول بآراء يعارضونها. وليس لها أن تمنعهم من حق العمل لصلته الوثقى بالحق في الحياة؛ ولا أن تفرض عليهم أشكالاً من السخرة بأبونها؛ ولا أن تقدمهم إلى غير قضائهم الطبيعيين؛ ولا أن تعامل جرائمهم فى نموذجها المدني بوصفها جرائم عسكرية ضد سلطة الاحتلال؛ ولا أن ترددهم عن التقدم بظلاماتهم إلى هذه السلطة كي تحققها وتصل فيها؛ ولا أن تمنعهم من اقتضاء حقوقهم جبراً بالوسائل القانونية، عند إنكارها.

وينبغي التسليم دوماً بأن لسكان المناطق المحتلة حقوقاً أساسية لا يجوز التفريط فيها، أهمها أن احتلال أرضهم لا يجوز منعهم من الوسائل الضرورية التي تكفل أمنهم، أو التي توفر لاحتياجاتهم المعيشية -على الأقل فى حدها الأدنى- أسبابها؛ ولا أن تقلص فرصهم فى الإبداع والابتكار وغيرها من الفرص التي يتصل استثمارها بأنميتهم، ولا أن تنال بوجه خاص من الحق فى الحياة وفى العمل، ولا أن تفل بكرامتهم أو تستبد بشئونهم فى غير ضرورة.

(١) Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244 (1901).

### المبحث الثامن

#### بين إعلان الحرب وإنهائها

٥٧٨- وكما أن إعلان الحرب يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابة الجهة القضائية التي أقامها الدستور على صون أحكامه؛ فإن إنهاءها يعتبر كذلك عملاً سياسياً، سواء كان هذا الإنهاء من خلال معاهدة سلم بين الدولتين اللتين كانتا متخلصتين؛ أم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بمجلسيها؛ أم بقرار يوافق هذان المجلسان أو أحدهما عليه؛ أم بقرار يصدر عن رئيس الجمهورية إذا كان مختصاً بإعلان الحرب. وليس لأحد بالتالي أن يقيم خصومة قضائية يدعى فيها أن الحرب المقول بإنهائها، لا تزال منقذة نيرانها؛ أو أنها لم تعد قائمة في حقيقتها بما يناقض إعلاننا رسمياً باستمرارها.

٥٧٩- ويثير نص المادة ١٥٠ من دستور جمهورية مصر العربية إشكالاً غايية في الأهمية. ذلك أن رئيس الجمهورية يختص بإعلان الحرب بموافقة السلطة التشريعية ... فهل يعتبر إنهائها كذلك مطلقاً على قبولها هذا الإجراء...!!

ما أراه، هو ضرورة التمييز بين إعلانها وإنهائها. ذلك أن ما نص عليه الدستور من عدم جواز إعلان رئيس الجمهورية حرباً على دولة أخرى بغير موافقة السلطة التشريعية، مرده أن إعلانها يحمل في ثناياه مخاطر وخيمة عواقبها على حياة المواطنين وأموالهم وحرياتهم. كذلك فإن إعلانه هذه الحرب، مؤداه أن تخوضها بلده بكل مواردها وقدراتها بما يمتصها، ويعطل لسنين عديدة التنمية بكل أشكالها، وعبر مراطها المختلفة، فلا تبقى غير آلة الحرب تدور عجلتها دون انقطاع، وتخذيها مصر بدماء أبنائها وعرقهم. وقد تؤول في نتائجها إلى احتلال إقليمها أو جزء من هذا الإقليم، أو تقويض اقتصادها لمدة طويلة.

وكان منطقياً بالتالي أن يعلق الدستور إعلان رئيس الجمهورية حرباً ضد دولة أخرى، على موافقة السلطة التشريعية التي يمثل أعضاؤها هيئة الناخبين، ويملكون أن يقرروا أنها تعبيراً عنها.

ويفترض بالتالي ألا يوافق هؤلاء الأعضاء على ذلك الإعلان، إلا بعد تقييمهم لطبيعة الحرب التي يراد إعلانها، ونطاق الضرورة الملجئة التي اقتضتها؛ وملاءمة هذا الإعلان في توقيته.

ولا كذلك قرار إنهاؤها أو إنهاء حالتها، إذ يعود هذا القرار بالأوضاع القائمة إلى حالتها الطبيعية، فلا يبقى من شئور الأعمال الحربية غير تضميد كافة جراحها بالوسائل القانونية السلمية.

ولا تقوم ثمة ضرورة بالتالى لتطبيق انتهاء الأعمال الحربية على موافقة السلطة التشريعية. والسوابق على ذلك كثيرة، من بينها أن النمستور الأمريكى وإن خول رئيس الجمهورية سلطة الدخول فى أية معاهدة دولية يقدر ملامعة توقيعها أو الانضمام إليها، بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ؛ إلا أن الخروج منها لا يتقيد عملاً بهذا القيد؛ إذ يجوز لرئيس الجمهورية إنهاؤها بغير الرجوع إلى هذا المجلس. وكثيراً ما أقر الكونجرس هذا الإجراء، ولو بطريقة ضمنية.

٥٨٠- ولأن لكل حرب أوزارها، فلن نهائيتها نميتها إذ هى خاتمتها. ومن ثم يجوز إنهاء حالتها إما بمعاهدة دولية أو بقانون، أو بإعلان يصدر عن رئيس الجمهورية.

فالمعاهدة الدولية التى تبرمها الدول أطرافها لتحقيق السلم فيما بينها بعد تطاحنها بالقتال، تعتبر إعلاناً بانتهاء الأعمال العدائية بكل صورها وأشكالها، فلا تكون العودة إليها غير إخلال بالمعاهدة التى حظرتها.

وفترض أن تصدق هذه الدول على تلك المعاهدة، حتى يسوغ القول بانتهاء الأعمال العدائية موضوعها. إذ يتعين التمييز بين انتهاء هذه الأعمال واقعياً؛ وبين زوالها قانوناً.

فانتهاء تلك الأعمال بصورة فعلية، لا يفيد زوالها قانوناً. وقد تظل حالتها قائمة فيما بين الدول أطرافها، ولو بعد كفها عن القتال، ما دام لم يصدر عنها إعلان بعودة الأوضاع الطبيعية إلى حالتها.

ولا كذلك التدخل بأداة قانونية تعلن بذاتها انتهاء القتال، سواء تم هذا الإجراء فى شكل معاهدة دولية، أم فى صورة قانون، أو قرار من رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى لأفرع الجيش المختلفة.

ويظل مطلوباً فى كل معاهدة دولية قصد بها إنهاء القتال، ألا يترأخى إبرامها والتصديق عليها، إلى ما بعد انتهاء الأعمال العدائية - عملاً - بفترة طويلة؛ وإن جاز القول بأن هذا الإرجاء كثيراً ما يكون فى مصلحة الدول المنتصرة فى الحرب، حتى تفرض كلمتها على

الدول المهزومة، فلا تبلور المعاهدة التي تدخل فيها معها، غير أصداء هزيمتها، لتبخصها نصوص هذه المعاهدة، كافة حقوقها.

وأيا كانت أداة إنهاء حربها مع هذه الدول، فإن هذا الإنهاء يعتبر من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية.

ولرئيس الجمهورية في إطار سلطته في إدارة الشؤون الخارجية، أن يهادن الدول التي دخل في صراع معها من خلال اتفاق على أحكام هذه الهدنة التي يصير القتال على ضوءها، موقفاً.

وهي هدنة قد يستصوبها تحفزاً للقتال من جديد، أو بوصفها بداية منطقية لتصالح الدول المتناحرة مع بعضها، وإن كان الاحتمال الثاني، هو الأرجح.

### المبحث التاسع أموال الأعداء وغانم الحرب

٥٨١- وفيما يتعلق بأموال الأعداء، ينبغي أن يلاحظ أن مجرد إعلان الحرب، ليس مؤداه بالضرورة مصادرة هذه الأموال، وإن جاز لكل من الدولتين المتحاربتين الأمر بهذه المصادرة كإجراء ردع يتوخى حرمان الدولة المعادية من أية موارد تعينها على المضي في الأعمال الحربية.

ولا تعتبر المصادرة بالتالي جزاء على جريمة اقترفها شخص ينتمي إلى العدو بجنسيته<sup>(١)</sup>.

وكما تجوز مصادرة هذه الأموال؛ يجوز كذلك احتجازها وفرض الحراسة عليها إذا قام الدليل على أن الذين تعلق بهم هذا الإجراء يملكونها فعلاً، لا تنقيد الدولة في ذلك لا بشرط الوسائل القانونية السلمية، ولا بأداء تعويض عنها.

فإذا كان أحد المواطنين مالكا لهذه الأموال، كان من حقه طلبها حال بقائها، أو التعويض عنها حال هلاكها.

ولا يلتزم المواطن الذي أضير من جراء هذه التدابير الخاطئة، بما عسى أن تكون الدولة قد أنفقت على تلك الأموال من أجل صيانتها. إذ عليها وحدها أن تتحمل خطأ نسبتها لمالاً يملكها أحد مواطنيها، إلى أعدائها.

ولا كذلك غنائم الحرب Prises of War، التي تستولي الدولة عليها أثناء عملياتها الحربية؛ إذ لا يتصور أن يكون لسواها حق فيها بغير ترخيص من السلطة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يتحقق في الحروب الأهلية بوجه خاص التي تستولي فيها الدولة على سفن المتمردين وغير ذلك من أموالهم، باستثناء المواطنين المخلصين لها في الحرب الأهلية الدائرة رحاها بين الفريقين المتنازعين.

(١) Honda v. Clark, 386 U.S. 484 (1967).

(٢) The Siren, 13 Wall. (80 U.S.) 389 (1871).

### المبحث العاشر

#### تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب

٥٨٢- الأصل أن تعمل كل سلطة -سواء في زمن الحرب أو السلم- في حدود الولاية الموكولة لها<sup>(١)</sup>.

ويفترض أصلاً في التفويض، أن يكون متضمناً بيان الخطوط والمعايير العريضة التي يقوم عليها. إذ هو ترخيص لرئيس الجمهورية بمباشرة الأعمال التي يشملها التفويض. ومن ثم كان التفويض سابقاً على إتيانها.

بل إن السلطة التشريعية قد تجيز أعمالاً من طبيعة حربية بإشراف رئيس الجمهورية قبل صدور قانون التفويض، إذا كان لها دوافعها من الضرورة الملجئة لها. إذ تعتبر إجازتها بمثابة تصديق عليها.

ولا يجوز في التفويض، أن يكون مخالفاً لقواعد الدستور التي تظل المواطنين جميعهم بكل فئاتهم، وفي كافة أوقاتهم، وعلى تباين ظروفهم. ويبطل بالتالي تفويض رئيس الجمهورية في إهدار قوة الأحكام القضائية سواء برفض الفزول عليها أو بتعليق نفاذها على تصديقه، ولو صدر الحكم من محكمة شكلها المشرع من الضباط، واختصها بقواعد إجرائية تتعلق بها.

وتميل السلطة التشريعية إلى تفويض رئيس الجمهورية في زمن الحرب في كثير من المهام التي تتصل بإعداد الجيوش والأسطول وتجهيزها للقتال<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن الاستخدام الأمثل لسلطات الحرب يقتضي مباشرتها بأكثر قدر من المرونة لاختيار أفضل الوسائل وأكثرها حصماً لتحقيق الفوز في القتال. وجاز بالتالي تفويض رئيس الجمهورية ليس فقط في مواجهة الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، والرد عليها بكل الوسائل؛ بل كذلك في العمل على تجنبها وتوقيها قدر الإمكان. ومن ذلك تفويض رئيس الجمهورية في فرض قيود قاسية على التجارة مع الدول التي تسخر إمكاناتها أو توظفها في اتجاه تضخيم آتيا الحربية؛ أو تجهز بنواياها العدائية، أو التي تنذر على سعيها للقتال. أو تهيبتها أو إغتيالها لأسباب الصدام.

(١) Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) N. Grundsten, Presidential of Authority in Wartime (Pittsburgh 1961).

كذلك فإن من بين التدابير التي يجوز اتخاذها ضد مثل هذه الدول، مقاطعتها وتجميدها، بما يعزلها عن أسرة الدول، ويعطل أو يقيّد صور التعامل معها، أو الاتصال بها.

ولا تصيّق جهة الرقابة على الدستورية من السلطة التي تخولها الهيئة النيابية لرئيس الجمهورية لتحقيق هذه الأغراض. ولكنها تأذن بها، وبتناسع دلائرها لتعلقها بمصالح حيوية لا يجوز إغفالها.

وقد يأمر رئيس الجمهورية بشن أعمال حربية فيما وراء حدود بلده، قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قراراً بإعلانها حرباً على بلد آخر. ذلك أن الدستور حتى وإن حظر على رئيس الجمهورية إعلانها أو إحداثها بقرار منفرد يصدره، إلا أنه من الناحية العملية كثيراً ما تبدأ الأعمال الحربية قبل أن تأذن السلطة التشريعية بها من خلال إعلان يصدر عنها بذلك.

ويقال دائماً بأن سلطة رئيس الجمهورية في إدارة الشؤون الخارجية وتصريفها، وكذلك في إجهاض الأعمال العدائية جميعها وتوقيها قبل اندلاع شرارتها، وقتلها في مسيحتها، تقيّد بالضرورة أن يعمل على حماية أرواح مواطنيه وممتلكاتهم التي تتعرض للخطر في الدول الأجنبية من جراء أعمال مخالفة للقانون تهددها، ويتعنر توقعها أو التحوط لها.

ذلك أن حمايتهم من المخاطر جميعها، واجبة سواء كانوا داخل بلدهم أو خارجها.

فإذا تهددتهم هذه المخاطر في الدول الأجنبية التي يوجدون فيها، كان دفعها أو إجهاضها قبل وقوعها، لازماً، ولو باستعمال القوة التي لا يجوز التراخي في اللجوء إليها، والتي لا خيار للسلطة التنفيذية في تجنبها، لضمان أن توفر الحماية الكاملة لمواطنيها - وأيا كان موقعهم - بما يؤمن أرواحهم وحرياتهم وأموالهم من صور العدوان عليها على اختلافها.

٥٨٣- ولأن القوة لا تحطمها إلا قوة تواجهها وتقابلها، فقد ساع استخدام كل عناصر القوة الحربية التي في يده لتهزم عنوان دولة أجنبية على حدود بلده. ولا يعتبر ذلك مجرد حق لرئيس الجمهورية، بل واجباً يتحمل مسئولية القيام به على الوجه الأكمل، غير ملزم في ذلك بإعلان السلطة التشريعية حرباً على الدولة الغازية، ما لم تمنعه بنفسها من اللجوء إلى القوة، إذ يعتبر قرارها هذا، إنكاراً منها لحالة الحرب التي يدعيها؛ ونقضا من جانبها لتقديره تحقق أسبابها؛ واستعادة لاختصاصها في أن تقرر بنفسها وقوع حرب في زمن دون آخر، أو عدم وقوعها على الإطلاق.



٥٨٤- وقد يباشر رئيس الجمهورية من خلال معاهدة دولية سلطة جديدة لم يكن مخولاً بها قبل الدخول فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في أية معاهدة دولية توثق بين أطرافها تحالفاً حربياً.

ذلك أن موافقة السلطة التشريعية على هذه المعاهدة، يفيد ضمناً تخويلها رئيس الجمهورية حق استخدام القوة لتنفيذ أحكامها.

٥٨٥- وكلما كان شن الحرب حقاً مقصوداً على السلطة التشريعية بنص في الدستور، فإن قرار إعلانها يكون من امتيازاتها التي لا يجوز أن تفوض غيرها فيها بالنظر إلى خطورة الحرب في نتائجها وعظم مسئولية إثارتها، وبما لا إخلال فيه بحق رئيس الجمهورية في مبادأة كل غزو بالتدابير التي يراها كافية لدرجه؛ وأن يلاحق كل عصابة داخل بلده بما يعيد أوضاعها الطبيعية إلى حالتها. ذلك أن رئيس الجمهورية يتدخل في هاتين الحالتين لإنهاء خطر كل داهما وحالاً.

### المبحث الحادى عشر

#### إعلان الحكم العرفى

٥٨٦- ولرئيس الجمهورية أو من يفوضه، والسلطة التشريعية كذلك، إعلان الحكم العرفى<sup>(١)</sup> Martial Law فى المناطق التى دهمتها الأعمال الحربية، أو فى مناطق التوتر والمعسدين داخل بلده.

ويندرج فى إطار سلطة الحكم العرفى، أن تتوافر للقائمين عليها حرية انتقاء الوسائل التى تكفل مقابلة القوة بالقوة، وإعادة النظام بعد انقراط عقده. على أن يكون مفهوماً أن لحرية انتقاء الوسائل ضوابطها ومبرراتها وكوابحها.

وشرط ذلك أن تقوم فى بنائها على تقدير موضوعى، وأن تصدر فى إطار من حسن النية، وأن يكون غرضها مواجهة مخاطر تؤدى مباشرة إلى الفوضى، أو توقي تداعياتها حتى لا تتفاقم أخطاها. فلا يكفى فى المخاطر إمكان توقعها. بل يتعين أن تشخص بنفسها بما يؤكد حلولها، كأن يكون الغزو حقيقياً بما يعطل المحاكم المدنية عن عملها؛ ويقوض الإدارة المدنية ويمنعها من أداء واجباتها؛ ويعجز القوانين المعمول بها عن ضمان الحقوق الفردية، أو تأمين سلامة المواطنين فى مجموعهم بصورة ملائمة أو كافية.

وهذه القيود على مباشرة سلطة الحكم العرفى، هى التى تبين تخومها، وترقبها الجبهة القضائية للتحقق من عدم تخطيها. ولا يجوز بالتالى أن يكون تدخل القائمين على هذه السلطة فى شئون الأفراد وحررياتهم الرئيسية، تحكيمياً، وإلا كان مخالفاً للدستور.

(١) يختلف قانون الحكم العرفى عن قانون الأحكام العسكرية، فى أن الثانى لا يطبق إلا على الأشخاص المنتمين إلى القوات المسلحة، وذلك على خلاف الأول الذى يسرى على المدنيين والعسكريين فى أن واحد.

المبحث الثاني عشر  
الاعتراض على احتجاز البدن

٥٨٧- وكلما كان للمواطنين امتياز التظلم من احتجاز أبدانهم بغير حق *The Writ of Habeas Corpus* كان للسلطة التشريعية وحدها - في الدول التي تكفل دساتيرها هذا الامتياز كالدمستور الأمريكي - حق وقفه. وليس لرئيس الجمهورية اختصاص في ذلك، إلا بناء على تفويض منها. ذلك أن الأصل هو أن تفصل السلطة القضائية بمحاكمها في توافر شروط هذا الامتياز أو تخلفها. ومن ثم كان الأصل فيه أن يظل ساريا، ما لم توقعه السلطة التشريعية بنفسها. وهو ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

### المبحث الثالث عشر

#### الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب

٥٨٨- وبمجرد التصديق على معاهدة السلم بين المتحاربين السابقين، أو دخول هذه المعاهدة مرحلة التنفيذ بوجه آخر؛ فإن الأصل في هذه المعاهدة، أن تعيد بقوة القانون ريصفة تلقائية- إلى هذه الدول، للحقوق والواجبات التي تربط أعضاء الأسرة الدولية ببعض في علاقاتهم السلمية. بما مؤده أن كل الأعمال التي كان ينظر إليها وقت الحرب كأعمال مشروعة -كالهجوم على سفن الدول المعادية، وحصار موانئها، وتدمير جيوشها وحصونها، وغزو إقليمها- تعتبر محظورة بعد نفاذ تلك المعاهدة.

فإذا لم تكن قوات إحدى الدول أطرافها، على علم بالمعاهدة، فإن مضيها في الأعمال الحربية يقتضيها التعويض عنها. وعليها أن تعود إلى النقاط ذاتها التي كانت فيها وقت إبرام المعاهدة، فتخلّي الأقاليم التي غزتها، وتحرر الجنود والضباط الذين أسرتهم، وترد السفن التي حازتها.

٥٨٩- ويلاحظ أن معاهدة السلم حتى مع النص فيها على إسقاط جرائم الحرب عن مرتكبيها؛ إلا أن إدانتهم بسببها يظل حقاً للدولة المضروعة منها بوجه خاص، وللجماعة الدولية بوجه عام.

ذلك أن هذه الجرائم -ولو كان الأمر بارتكابها قائداً من رتبة أعلى- تتناقض قواعد القانون الدولي العام.

وهو ما يؤكد القواعد المنظمة للمحكمة الجنائية الدولية التي لا تعتبر ولايتها بالفصل في الجرائم التي تدخل في اختصاصها، ولاية منفردة، ولكنها تقوم إلى جوار النظم الجنائية الوطنية وتكملها<sup>(١)</sup> Complementary to National Jurisdictions، وتباشر المحكمة الجنائية ولايتها في الحدود المقررة بنظامها، وعلى صعيد جرائم بعينها هي جريمة العدوان The Crime of Agression وجريمة إبادة عنصر من البشر The crime of Genocide، وجرائم الحرب War Crimes والجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity.

(١) تنص المادة ١٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كيفية مباشرة النظم الجنائية الوطنية لاختصاصها في مجال معاقبة المتهمين بالجرائم التي تشملها ولاية المحكمة الجنائية الدولية.

ومن ثم لا تبأشر المحكمة الجنائية ولايتها فى غير هذه الجرائم التى حدثتها حصرا  
المادة ٥ من نظامها، وفصلتها المواد ٦، ٧، ٨، وذلك على النحو الآتى:

### أولاً:

#### جريمة إبادة عنصر من البشر

٥٩٠- فى تطبيق حكم المادة ٦ من نظام المحكمة الجنائية الدولية؛ يقصد بهذه  
الجريمة، قتل أعضاء جماعة؛ أو إصابتهم بأضرار عقلية أو بدنية خطيرة؛ أو إحاطتهم  
بأوضاع حياتية تم ترتيبها بقصد تدمير الجماعة التى ينتمون إليها، كلياً أو جزئياً؛ أو فرض  
قيود على أعضائها تتوخى حرمانهم من أن يتخذوا لأنفسهم أولاداً؛ أو نقل أطفالها بالقوة إلى  
جماعة غيرها، بشرط أن تكون هذه الأفعال جميعها موجهة لتدمير الجماعة -كلياً أو جزئياً-  
بالنظر إلى نوازلها الوطنية أو توجهاتها الخلقية أو لاعتبار يتعلق بعرقها، أو بعقيدتها.

### ثانياً:

#### الجرائم ضد الإنسانية

٥٩١- وفى تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية،  
يقصد بالجرائم ضد الإنسانية أحد الأفعال الآتى بيانها، إذا كان ارتكابها جزءاً من خطة شديدة  
الاتساع، أو تبلور سلوكاً منهجياً للعدوان المباشراً A Widespread or Systematic Direct  
Attack على جماعة مدنية، مع العلم بأبعاد هذا العدوان. وهذه الأفعال هي:

١. القتل؛ والتصفية Termination؛ والاسترقاق Enslavement؛ وإبعاد سكان أو نقلهم  
بالقوة؛ وتقييد حريتهم سواء بالمجن، أو بغير ذلك من الوسائل القاسية التى تنصّر بأبدانهم  
بالمخالفة للقواعد الجوهرية للقانون الدولى؛ وكذلك اغتصابهم؛ وحملهم على الدعارة؛  
واستعبادهم جنسياً Sexual Slavery؛ وإخصابهم بالقوة Forced Pregnancy؛ وتقييدهم جبراً  
Enforced Sterilization؛ وغير ذلك من الأعمال الجنسية العنيفة التى لها ذات الجسامة  
Of Comparable Gravity.

٢. كل اضطهاد يكون موجهاً ضد كيان أو جماعة لها ذاتيتها، بناء على نوازل عرقية،  
أو سياسية، أو وطنية، أو خلقية، أو ثقافية، أو دينية، أو لاعتبار يتعلق بالجنس<sup>(١)</sup>؛ أو بناء

(١) يقصد بالجنس فى تطبيق الفقرة ٣ من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، الذكر والأنثى داخل  
الجماعة.

على مركز آخر يعتبر غير جائز في مفهوم قواعد للقانون الدولي في صلتها بالأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، أو بأية جريمة أخرى تدخل في ولايتها.

٣. إخفاء الأشخاص جبراً<sup>(١)</sup>، وجريمة التمييز بين الأجناس عنصرياً<sup>(٢)</sup> The crime of apartheid.

٤. غير ذلك من الأفعال ذات الطبيعة المشابهة التي تلحق بالمضرورين منسها، قدراً كبيراً من المعاناة، أو تسببهم بمخاطر جسيمة في أبدانهم أو صحتهم.

### ثالثاً:

#### جرائم الحرب

٥٩٢- وعلا بنص المادة ٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، تختص هذه المحكمة بالفصل في جرائم الحرب، وعلى الأخص إذا تم ارتكابها كجزء من خطة، أو سياسة، أو من دائرة واسعة تؤتي فيها هذه الجرائم.

#### ولأغراض هذا النظام، يقصد بجرائم الحرب:

١. أية أفعال يكون محلها الأشخاص والأموال الذين تحميهم إحدى اتفاقيات جنيف ذات الصلة، ويكون من شأنها الإخلال الخطير بأحكامها، ويندرج تحتها:
٢. قتل الأشخاص عمداً، أو تعذيبهم، أو معاملتهم بطريقة تنافي كرامتهم، بما في ذلك إخضاعهم لتجربة بيولوجية.

(١) يقصد باختفاء الأشخاص جبراً، التقيض عليهم، ولحتجازهم، أو اختطافهم من قبل أو بموافقة أو بدعم الدولة أو التنظيم السياسي لهذه الأعمال أو رضاهم بها، على أن يقترن ذلك برفض الدولة أو التنظيم، الاعتراف بحرمانهم من حريتهم، أو إعطاء أية معلومت عن أماكن اعتقالهم بقصد تحريضهم من حماية القانون لفترة يطول زمنها أو يقصر.

(٢) قصد بهذه الجريمة الأفعال غير الإنسانية التي ترتك في إطار نظام مؤسس على القمع المنهجي، وسيطرة جنس على جنس آخر، بقصد دعم هذا النظام وضمان استمراره.

٣. تعتمد إصابتهم بأضرار بدنية أو صحية خطيرة؛ أو تعميق معاناتهم؛ وغير ذلك من الجرائم الخطيرة المخالفة - في إطار قواعد القانون الدولي - للقوانين والقواعد العرفية التي يتم تطبيقها في إطار الصراع المسلح، والتي يندرج تحتها:

٤. . تعتمد توجيه الهجوم ضد السكان المدنيين بوصفهم كذلك؛ أو ضد أفراد مدنيين ليس لهم دور مباشر في القتال؛ أو ضد أشياء مدنية<sup>(١)</sup>؛ أو ضد أشخاص أو مبانى أو أدوات أو وسائل نقل أو وحدات لهم، أو لها صلة بأعمال المعونة الإنسانية، أو بتنظيم يعمل لحفظ السلام وفق ميثاق الأمم المتحدة؛ بشرط تمتعها بالحماية التي تكفلها هذه القواعد للمدنيين أو للأشياء المدنية. وفقاً لقواعد القانون الدولي التي تنظم علائق قانونية في أنزعة مسلحة بين أطرافها.

٥. تعتمد شن هجوم مع العلم بالأضرار التي يربتها، سواء في ذلك ما اتخذ من صورها شكل إزهاق أرواح المدنيين، أو إصابتهم بجروح، أو الإضرار بأشياء مدنية؛ أو صورة مضار جسيمة واسعة الانتشار تنال من البيئة الطبيعية، ولا تبررها المزايا المتوقعة من الأعمال الحربية في منظورها الإجمالي، بما يفقد هذه المزايا تناسبها مع تلك الأضرار.

٦. الهجوم وإلقاء القنابل - بكل الوسائل - على مدينة أو قرية، أو على مبانى أو مساكن ليس لها ثمة حماية، ولا تعتبر كذلك هدفاً حربياً.

٧. قتل أو جرح المحاربين الذين سلموا أنفسهم اختياراً، بعد أن تخلوا عن أسلحتهم، ولم تعد لديهم وسائل للدفاع عن أنفسهم.

٨. إساءة استخدام علم الهدنة؛ أو علم آخر؛ أو رموز القوات المسلحة للحدو أو شاراتها أو أزيائها؛ أو علم الأمم المتحدة، إذا نجم عن سوء هذا الاستخدام وفاة أو جراح شخصية خطيرة<sup>(٢)</sup>.

٩. أن تقوم سلطات الاحتلال - بطريق مباشر أو غير مباشر - بنقل جزء من شعبها إلى الإقليم المحتل من قبلها، أو طردها سكان هذا الإقليم، أو نقلهم من كل أجزائه أو بعضها، سواء إلى داخل الإقليم المحتل أو فيما وراء حدوده.

(١) المقصود بالأشياء المدنية، الأشياء التي ليس لها طبيعة حربية.

(٢) يدخل كذلك ضمن الملامح التي لا يجوز إساءة استخدامها، الملامح المميزة لالتفانيات جنيف

١٠. توجيه هجوم متعدد ضد المباني المرصودة على أغراض خيرية، أو دينية، أو علمية، أو تعليمية أو على الفن، أو ضد تماثيل تاريخية، أو ضد دور أو أماكن يودع المرضى والجرحى فيها، بشرط ألا تكون أهدافاً حربية.

١١. تمتد إخضاع الأشخاص الذين يسيطر عليهم خصم معاد، لتجربة علمية أو طبية، أيا كان نوعها، أو لعمل يتعلق ببيتر أطرافهم، إذا كان هذا الإجراء غير مبرر بضرورة يقتضيها علاجهم طبياً، وكان كذلك في غير مصلحتهم؛ ومن أثره وفاة شخص أو أشخاص أو تعرض صحتهم لمخاطر جسيمة.

١٢. قتل أو جرح أشخاص بطريق الخداع Treachously إذا كانوا ينتمون لأمة معادية أو لجيشها.

١٣. إعلان أن عفواً لن يمنح رحمة بأحد Declaring That no Quarter be Given.

١٤. تدمير أموال تملكها قوة معادية، أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن لذلك ضرورة تقتضيها الأعمال الحربية وتتطلبها.

١٥. حرمان المواطنين الذين ينتمون إلى خصم معاد، من الحقوق التي يملكونها وفقاً للقانون، سواء بالإنفاذ أو بوقفها أو بتقرير عدم جواز قبولها. وكذلك حملهم على الإسهام في الأعمال الحربية الموجهة إلى بلدهم، ولو كانوا من المحاربين قبل بدئها.

١٦. نهب مدينة، أو مكان، حتى بعد أخذه عنوة.

١٧. استخدام السموم أو أسلحة لهاسمية، أو الغاز الخافق، أو الغاز العام، أو غيرها من الموائل أو المواد أو الأجهزة التي لها أثر ممانئ؛ أو استعمال رصاص يتمدد، أو ينتشر بسهولة في الجسم.

١٨. استعمال أسلحة أو صواريخ أو مواد أو وسائل حربية تحدث معاناة لا ضرورة لها، أو جراحاً مغالى فيها Superfluous Injury or Unnecessary Suffering.

١٩. إتيان أعمال شريفة -لا حياة فيها- ضد شخص أو أشخاص بما يخل بكرامتهم، وعلى الأخص عن طريق إذلالهم أو إهانتهم.



٢٠. تجويعهم عن طريق حرمانهم من وسائل الحياة وضرورتها كإجراء يدعم الأعمال الحربية ويقويها؛ رغم كونهم من المدنيين.

٢١. اغتصاب أشخاص أو استعبادهم جنسياً Sexual Slavery أو فرض الدعارة عليهم، أو إكراههم على الحمل<sup>١</sup> أو تعقيمهم جبراً حتى لا ينجبوا Enforced Sterilization.

٢٢- استخدام مدنيين أو غيرهم من الأشخاص المكفولين بالحماية، كتدوير بشرية في مناطق بذواتها بما يحول دون وقوع أعمال حربية فيها.

٢٣- قيد أو تسجيل أطفال أقل من خمسة عشر عاماً، لحملهم على الخدمة الإلزامية في القوات المسلحة الوطنية، أو لاستخدامهم في الإسهام للنشط في الأعمال العدائية.

#### رابعاً:

#### ضوابط مباشرة المحكمة الجنائية الدولية لولايتها

٥٩٣- تباشر هذه المحكمة ولايتها بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٥ من نظامها، وفق قواعده، وبمراعاة ما يأتي:

أ. أن تحيل إحدى الدول المعتبرة طرفاً في هذا النظام -وفق نص مادته الرابعة عشرة- إلى سلطة الاتهام The Prosecuter، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ب. أن يحيل مجلس الأمن -وفق ما ينص عليه الفصل ٧ من ميثاق الأمم المتحدة- إلى سلطة الاتهام، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ج. أن تكون سلطة الاتهام قد بدلت في إجراء تحقيق في شأن هذه الجريمة، وفق الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٥ من النظام.

(١) يقصد بالإكراه على الحمل Enforced pregnancy غير المشروع لامرأة وجعلها حاملاً بالقوة بقصد الإضرار بالتكوين الخلقي لأي شعب، أو بقصد الإخلال الخطير بقواعد القانون الدولي.

### خامساً:

#### شروط قبول المحكمة الجنائية الدولية الفصل في الجرائم التي تدخل في ولايتها

٥٩٤- ولأن اختصاص هذه المحكمة -وعلى ما يبين من الفقرة العاشرة لـديباجة نظامها- يعتبر مكملاً للنظم العقابية الوطنية، فإن عليها أن تقرر عدم قبول القضية المطروحة عليها في الأحوال الآتي بيّنها:

١. إذا كانت القضية قد تناولتها إحدى الدول التي لها ولاية عليها، بالتحقيق أو الاتهام، ما لم تكن هذه الدولة، غير راعية، أو غير قادرة بصفة أصيلة، على المضى في أعمال التحقيق أو الاتهام التي بدلتها.

٢. إذا كانت الدولة التي لها ولاية على القضية، قد قررت بعد تحقيقها لها، ألا توجه الاتهام إلى الشخص المعنى بها، ما لم يكن هذا القرار ناجماً عن انتفاء رغبةا، أو عدم قدرتها أصلاً، على توجيه الاتهام.

٣. إذا كانت القضية ليس لها من الأهمية والخطر ما يدعو المحكمة الجنائية الدولية إلى متابعتها.

٤. إذا كان الشخص المعنى بالجريمة -المحظور ارتكابها وفق أحكام المولد ٦ و ٧ و ٨ من هذا النظام- قد حوكم عنها من قبل محكمة أخرى. إذ لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تحاكمه عن هذه الجريمة ذاتها إلا في إحدى حالتين:

أولاهما: أن تكون الإجراءات في المحكمة الأخرى تتوخى حماية الشخص المعنى بالجريمة التي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية، من المسؤولية الجنائية عنها.

ثانيتهما: أن تكون الإجراءات التي طبقتها المحكمة الأخرى في شأن الجريمة، لا تدل على حيدتها أو استقلالها وفق قواعد القانون الدولي المسلم بها؛ وكان تطبيقها لها قد تم على نحو لا يتفق -في نطاق الأوضاع التي لابسها- وقصد تقديم هذا الشخص للعدالة لينال جزاءه عنها.

### الفصل الرابع

### الرقعة القضائية على دستورية محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية

#### نبذة عامة

٥٩٥- وفي نطاق اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي تنظم إدارة القوات المسلحة وضوابط عمل أفرادها، وواجباتهم التي يؤخزون على الإخلال بها، وأنماط سلوكهم التي يلتزمون بمراعاتها، تصوغ السلطة التشريعية ما تراه من النصوص العقابية ملائمة وضروريا لنهيه عن إتيان الجرائم التي حددتها، وعقابهم عنها حال ارتكابهم لها.

ويتم ذلك وفق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنضبط بها محاكمتهم عن تلك الجرائم، والتي يندرج تحتها تحديد نموذج المحاكم التي تشكلها للفصل في جرائمهم، وطرق الطعن في أحكامها، وقواعد التصديق عليها تحويرا أو إمضاء لها.

كل ذلك بقصد تحقيق نظام خاص للعدالة الجنائية يقتصر على أفراد القوات المسلحة من ضباطها وجنودها حيثما كانوا؛ ومن الملحقين بهم الذين يرتبطون معهم بعلاقة من نوع خاص؛ ومن جنود وضباط الاحتياط الذين تستدعيهم القوات المسلحة بعد انتهاء خدمتهم، بقصد تطوير تدريبهم. فهؤلاء وهؤلاء يمثلون جوهر للنظم العسكرية التي لا توفر للخاضعين لها -في الأعم من الأحوال- ضوابط حقيقة للتقاضي. وكثيرا ما تخل بضماناته الرئيسية، وعلي الأخص ما يتعلق باستقلال قضاة هذه المحاكم وحديثهم.

وكان منطقيا أن يستبعد المدنيون من دائرة تلك النظم، وأن تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ من الدستور الروماني، على أن الأصل في الحالة، هو أن تكبرها محكمة العدل العليا وغيرها من المحاكم التي ينشئها القانون؛ وأن من المظنور تكوين محاكم لها طبيعة استثنائية *The Setting Up of Courts of Exception is Prohibited*؛ وأن تنص كذلك المادة ١٠٢ من الدستور الإيطالي على أن الوظيفة القضائية لا يتولاها إلا قضاة عاديون يتم تعيينهم وتنظيم أوضاعهم وفق قواعد لتنظيم القضاة. ولا يجوز تعيين قضاة استثنائيين، ولا قضاة خاصين، وإن جاز تشكيل دوائر خاصة من القضاة لنظر مسائل بنواتها، على أن يكون ذلك في إطار الأجهزة القضائية العادية؛ وبشرط إسهام المواطنين المؤهلين -الذين لا يعتبرون أعضاء في السلطة القضائية- في نشاطها.

ويحدد القانون هذه المسائل، وصور الإسهام الشعبي في إدارة العدالة.

وتنص المواد ١٨٦ و ١٨٨ و ١٨٩ من دستور مملكة تايلاند على أن النظر في الخصومة القضائية من اختصاص المحاكم التي يتعين أن تفصل فيها وفقاً للقانون.

ولا يجوز أن تحل محل المحاكم العادية، محكمة يوليها المشرع اختصاص الفصل في قضية بذاتها. وليس للمشرع أن يعد قانوناً من أثره تغيير أو تعديل القانون المنظم للسلطة القضائية، أو القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، إذا كان هذا القانون لا يتوخى غير مجود تطبيقه على قضية بذاتها<sup>(١)</sup>.

وتنص المادة ١/٢٧ من دستور الجمهورية الكورية الصادر في ١٧/٧/١٩٤٨ والمعدل في ٢٩/١٠/١٩٨٧، على أن المواطنين لا يحاكمهم إلا قضاة مؤهلين وفقاً للدستور والقانون،

وتحظر فقرتها الثانية، مثول المواطنين من غير المجندين في القوات المسلحة، أو العاملين فيها، أمام محاكم عسكرية في تشكيلها، ما لم يكن ذلك بعد إعلان القوانين العرفية بالاستثنائية، وفي شأن جرائم بذواتها<sup>(٢)</sup>.

وتنص المادة ٢٨ من هذا الدستور على أن للأشخاص الذين تثار في شأنهم شبهة ارتكابهم لجريمة ما، حق في التعويض عن مدة احتجازهم، إذا أطلق سراحهم وفقاً للقانون، أو لم يوجه اتهام إليهم.

(١) تنص المادة ١٩٤ من دستور تايلاند على أن للمحاكم العسكرية سلطة الفصل في الخصومات في الحدود المنصوص عليها في القانون.

(٢) حصر الدستور هذه الجرائم في جريمة الإخلال بسرية المعلومات الحربية الهامة، وجريمة تخلي الجنود الذي يتولون حراسة المواقع الحربية عن واجباتهم، وجريمة إمداد الجيش بأطعمة فاسدة، والجرائم التي يبينها القانون وتقع على معداته وتجهيزاته، والجرائم ذات الصلة بالأمرى.

### المبحث الأول

#### الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد

##### في مواجهة سلطة الاتهام

٥٩٦- يتولى القضاء بحكم ضمايرهم، وعلى ضوء واجبهم في تطبيق قاعدة القانون، مسؤولية ضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية بما يكفل فعاليتها. وعليهم أن يبدلوا كل جهد من أجل توفيق تشريعاتهم الوطنية مع التطور الراهن لحقوق الإنسان في النطاق الدولي.

ذلك أن هذه الحقوق -على حد قول الأستاذ هنكن- >>هي التي يطلبها كل فرد ويستأثر بها، ويحرص على أن توليها الجماعة اهتمامها، وأن توفر لها مجالا حيا لتطبيقها.

ووصفها بأنها حقوق لكل إنسان، يفيد عالميتها، وأن على كل جماعة أن تسلم بها، وأن مضمونها لا تغيره الجغرافيا ولا التاريخ ولا الثقافة ولا الأيدلوجية، ولا النظم الاقتصادية أو السياسية، ولا درجة التطور التي بلغتها.

وجودها وضرورة النزول عليها لا يرتبط كذلك بالعرق، ولا بالجنس، ولا بالطبقة الاجتماعية، ولا بمركز لها كان. ووصفها بأنها حقوق، موداه أن طلبها يدخل في منطقة الحق، وأنها بالتالي لا تعتبر من الحقوق التي تنتجها روابط الأخوة، أو التي يثرها الوجدان. ولا يمنحها أحد كذلك تقضيلاً على غيره. ولا هي آمال يرنو أصحابها إليها أو يطمعون في تحقيقها، ولا مجرد ثمار يسعون إلى جنيها.

ولا يحتاج أصحابها، إلى كسبها أو التكتيل على استحقاقهم لها. وإنما هي تخويل Entitlement يقابل بالترام في إطار نظام سياسي يخضع للقانون، إذا كان هذا النظام خلقاً ومحكوماً بقانون أخلاقي. ومن ثم لا تعتبر حقوق الإنسان، نظرة مثالية تتطلع بصورة مجودة إلى ما هو خير أو حسن، ولكنها حقوق تقبل للتحديد، ولا تجهيل فيها. وهي في مجموعها تبلور ضرورة احترام كرامة الفرد، وقرأ كبيراً من ذاتية شخصيته، وتقياً لحقائق العدل ومظاهر الجور<sup>(١)</sup>.

(١) Hinken, Rights here and there, vol. 81, 1981 Colombia Law Review, at 1582.

وليس الدستور بالتالى مصدراً لهذه الحقوق. والمعاهدة الدولية والأعمال الحكومية لا تتشبهها. وإنما هي مجرد وسائل تؤكد من خلالها اعترافها بها، وتكفل عن طريقها آلية ملائمة لتنفيذها.

٥٩٧- وتقليدياً تندح دائرة حقوق الإنسان لتشمل كل ما يتصل بأمنية الفرد وكرامته كحرية الاجتماع والتعبير عن الآراء وحرية العقيدة. ومن هذه الناحية تثير حقوق الإنسان خلافاً في شأن حقيقة القائمة التي تشملها هذه الحقوق، ونطاق أو مضمون كل حق منها.

ومن الناحية الإجرائية، تحيل هذه الحقوق إلى القواعد الأساسية فى القانون التى تكفل حمايتها.

وثمة حقيقة لا مراء فيها، هي أن حقوق الإنسان وحياته سواء فى توجهاتها أو فى القيم التى نكرسها- تندو مربابا، إذا لم تكفل النظم القانونية التى تحيط بها -إطاراً فعالاً لضمائها- شأن حقوق الأفراد فى ذلك، شأن التزاماتهم. ذلك أن إهمال تنفيذها جبراً على من ينازعون فيها أو يتصلون من إيفائها، يحيلها لشباحاً نبحرها، ولا نقبض بأيدينا عليها<sup>(١)</sup>.

Legal obligations that exist, but cannot be enforced, are ghosts that are seen in the law, but are elusive to the grasp.

ومجرد إيراد قائمة بحقوق الناس وحياتهم، لا يكفلها، ولو أدرجها الدستور فى صلبه، أو نص عليها إعلان منفصل عن الدستور ولو كان فى قوة أحكامه.

ذلك أن النصوص القانونية -بما فى ذلك نصوص الدستور- لا تكمن قيمتها فى مجرد تكوينها، إذ هي تعبير عن قيم لا تنبض بالحياة إلا من خلال تطبيقها. ومن المتصور بالتالى أن تتطابق فى دولتين مختلفتين، وثيقتان لحقوق المواطنين وحياتهم، وأن تتباعد بصورة كلية أو جزئية فى مجال تطبيقهما. وحتى داخل الدولة الواحدة، فإن نظمها القانونية القائمة، لا يتم تطبيقها بصورة واحدة فى عصور مختلفة من تاريخها. وإنما تتباين تطبيقاتها فيها على ضوء موقفها من الديمقراطية عدولاً عنها أو اعتصاماً بها. وتظل الحقائق التاريخية التى عايشتها الأمم على اختلافها، والشواهد التى تدل عليها تجاربها المريرة، خير برهان على أن الضمان النهائي لحقوق الناس وحياتهم، لا يكمن فى مجرد القبول بها، ولا فى تكوينها فى موثيق تعبر بها عن إصرارها عليها، وإنما يكفلها آلية قضائية لها من استقلالها وحيديتها ومن مكانتها بين مواطنيها، ما يمنحها قوة أدبية كبيرة ترز من خلالها بالقسط عدوان السلطة التشويعية أو

(١) The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922) at 433.

التنفيذية علي كل حق أو حرية كفلها الدستور، لتردهما معا إلي القيود التي فرضها عليهما، فلا تخرجان عن حدود ولايتهما. ويتم هذا العدول ليس فقط من خلال النصوص القانونية أو عن طريق بعض التدابير، كالقبض والاعتقال، وإنما يتحقق كذلك من خلال إلحاق المدنيين بالصسكريين الذين يختلفون عنهم ليس فقط في صفاتهم وطبيعة المهام الملقاة عليهم، وجوهر النظم التي ينبغي أن تحكم كل فريق منهم، وإنما كذلك في نوع واجباتهم، وأنماط سلوكهم التي يؤاخذون عنها، وماهية الجرائم التي يجوز إسنادها إليهم. ذلك أن الجرائم العسكرية غير جرائم القانون العام، في أوصافها ولركانها والأغراض التي تستهدفها.

كذلك فإن لكل من هذين النوعين من الجرائم، قضائتها الذين يتميزون فيما بينهم، سواء في طرائق تعيينهم وقدر استقلالهم، وحيثتهم؛ أو في الطريقة العملية التي يديرون بها العدالة الجنائية، وكذلك في كيفية تشكيل المحاكم التي تضمهم، وطرق الطعن في أحكامها، والشروط التي يتطلبها القانون لنهائيتها.

فلا يجر مدنيون إلى محاكم عسكرية لا يطمئنون لضمائنتها، ولا شأن لهم بقضائتها، ولا بوسائلها في تنفيذ أحكامها. ذلك أن التمييز بين الجرائم التي تنصل فيها هذه المحاكم، وغيرها من الجرائم التي تواجهها النظم المدنية - وهي جرائم القانون العام - ضرورة تقتضيها أن لكل نوع من هذه الجرائم، قضاء يتقهمون لإعدامها، ويدركون خصائص وأغراض الجزاء المقرر علي ارتكابها. ولأن جاز القول بأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والموضوع والأشخاص، إلا أن التخصص غير التعمل. كذلك يفترض التخصص، أن تعطي لكل حالة لبوسها، وأن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتوخاها، ليكون طريقا إلى عدالة أعمق ولكمل.

٥٩٨- وسواء تطلق الأمر بالمحاكم العسكرية أو بمحاكم القانون العام، فإن من يتمتعون إليها ويمثلون أمامها عن الجرائم التي تدخل - دستورياً - في نطاق ولاية كل منهما، يتمتعون في مواجهتها بحد أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى تطبيقها بالضوابط الأساسية للمحاكمة المنصفة التي وصفتها المحكمة الدستورية العليا بأنها مجموعة القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاما متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية؛ وبحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها؛ وينطلق في ركائزه من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة، وبوطانة القيود التي تنال من الحرية الشخصية؛ ويتغيا في جوهره أن تنقيد الدولة - في مجال تحديدها للجرائم وتقرير عقوباتها - بالأغراض النهائية للقوانين الجنائية، التي ينافيها أن تكون إدانة

المتهم هدفاً مقصوداً منها، أو أن تكون القواعد التي تتم محاكمته على ضوءها، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية لإدارة فعالة. وإنما يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانقصاص منها. ذلك أن القواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، وإن كانت إجرائية في الأصل، إلا أن تطبيقها في مجال الخصومة الجنائية سرعياً امتداد مراحلها-يؤثر بالضرورة في محصلتها النهائية<sup>(١)</sup>.

وتتوخى القواعد المبدئية للنظم العقابية جميعها، تحديد دائرة المخاطبين بها بما يكفل تحقيق أهدافها. فالمدينون جميعهم مخاطبون بجرائم القانون العام. ولذين يعملون في القوات المسلحة، ويعتبرون من كوادرها، أو يلحقون بها لخدمتها، لهم جرائم تخصصهم لا يتوخى المشرع بتقريرها غير تأمين القوات المسلحة، وضمان تماسكها حتى لا ينفرط عقدها، أو يخل نظامها.

ولهؤلاء وهؤلاء محاكمهم التي يستقلون بها، سواء تعلق الأمر بتشكيلها، أو بضماناتها، أو بكيفية تطبيقها عملاً.

٥٩٩- وإذا كان المدينون مخاطبين بجرائم القانون العام، ولهم محاكمهم التي تستقل بتشكيلها وضماناتها عن المحاكم العسكرية؛ فإن العسكريين لا يتمتعون أثناء خدمتهم بكامل حقوق المدينين. ومن ذلك أن حقهم في اختيار الزوج ليس مطلقاً، وحريتهم في التعبير عن آرائهم داخل وحداتهم ونشرها من خلال حق الاجتماع، تتخللها قيود كثيرة تصل إلى حد منعها كلية إذا كان من شأن ترويجها إيهان عزائم من يتلقونها. كذلك ينطلق أمامهم الطريق إلى الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الإسهام الفعال في نشاطها. وقد يكون دخولهم في النظم النقابية أثناء خدمتهم، مطلقاً على إذن خاص. وللنظم النقابية التي يخضعون لها صرامتها ومرونتها التي تكفل تحقيق أهدافها، وعلى الأخص أثناء خدمتهم في ميدان الأعمال الحربية، لضمان امتثالهم لأوامر قادتهم دون إبطاء وبذلهم كل جهد لتنفيذها في الصورة المرجوة.

(١) "تسوية عليا" - القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢ - ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٥ من ٢٨٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



ذلك أن الخضوع لها وإمضاءها في توقيعاتها المحددة، والامتناع عن معارضتها، هو الضمان الوحيد لصون الخصائص القتالية العالية لوحداتهم<sup>(١)</sup>.

وجرائمهم التأديبية هذه -التي ينعقد الاختصاص في تقدير الجزاء على ارتكابها، للقادة والرؤساء في وحداتهم بوصفهم مسئولين عن الانضباط فيها- غير جرائمهم العسكرية التي يحصيها المشرع ويحصرها في أفعال بذواتها ينص عليها بما يفصل أركانها. ومن ثم تستقل العقوبة التأديبية -في مجال تطبيقها وإجراءاتها والسلطة المختصة بتوقيعها- عن العقوبة الجنائية التي يؤاخذون بها عن جرائمهم.

ذلك أن الفعل الواحد، قد يشكل ذنباً إدارياً وجريمة جنائية في آن واحد. ولا يحول تلقى المواخذة التأديبية الواقعة بذاتها، دون تعلق لدعوى الجنائية بهذه الواقعة عنها إذا كان المشرع قد أتم جنائياً ارتكابها.

ولئن جاز القول بأن الجزاء الانضباطي لا تتوافر فيه كل ضمانة يحيط المشرع بها إيقاع العقوبة الجنائية؛ ولأن الجريمة التأديبية تحركها أفعال قلما يتدخل المشرع لتعيينها بقانون، وإنما يحيل في شأن بيانها -وبصورة إجمالية- إلى السلطة اللاحقة التي يحددها؛ وكان الجزاء الجنائي يرتبط بالضرورة بجريمة يعين القانون أركانها في صلبه، فلا يكل تحديدها إلى أداة أدنى؛ وكان الخطأ الواحد في الجريمة التأديبية كثيراً ما يعايد بأكثر من جزء كي تقدر السلطة المختصة ما تراه مناسباً من بينها في حالة بذاتها لها خصائصها؛ إلا أن العقوبة التأديبية تسوغها ضرورة سيطرة القادة والرؤساء على وحداتهم، وإقرار النظام الدقيق بين أفرادها.

٦٠٠- وقد يعارض بعض المواطنين الانتخاط في القوات المسلحة بناء على عقيدة يؤمنون بها، أو على ضوء وجهة نظر فلسفية تنبئهم عن القتال *objecteurs de conscience* فلا يكون قبول المشرع لاعتراضهم على سفك الدماء، غير عمل من أعمال التسامح، لا يعفيهم نهائياً من الخدمة الإلزامية بالقوات المسلحة؛ وإنما يلحقهم المشرع بإحدى

(١) دستورية عليا - لقضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤

ص ٨٩ وما بعدها من المحند الأول من الجزء الأول من مجموعة أحكامها.

وحداتها غير القتالية. وقد يبذل خدمتهم الإلزامية- وبما لا يجاوز المدة المقررة أصلاً لها- بخدمة مدنية تعود فائدتها على الجماعة<sup>(١)</sup>.

٦٠١ - ولا يحول خضوع العسكريين لنظام قانوني خاص، سواء فيما يتعلق بنوع الجرائم التي يسألون عنها، أو قدر عقوباتها، أو تشكيل المحاكم التي يعهد إليها بالفصل فيها، دون تمتعهم في محاكمتهم عنها بحد أدنى من الحقوق التي لا يجوز التفریط فيها، ومن بينها:

١. ضرورة تعريفهم بالتهمة الموجهة إليهم في طبيعتها وسببها وأدلتها وكافة عناصرها. ويكون ذلك بإخطارهم بها دون إرجاء، وتفصيلاً، وبلغة يفهمونها.

٢. أن يتوافر لديهم الوسائل الكافية والملائمة لتحضير دفاعهم، مع ضمان اتصالهم بالمدّعين عنهم من المحامين<sup>(٢)</sup>.

٣. أن يفصل في التهم الموجهة إليهم دون إبطاء، ودون إخلال بالحق في الدفاع عنهم، -سواء بأنفسهم أو عن طريق محامين يختارونهم، أو محامين يندبون لهذا الغرض- وبشرط ألا تكون هذه المعونة القانونية شكلية في حقيقتها.

ذلك أن غايتها ضمان تقديم دفاع مقدر يرد التهم على أعقابها، فلا يكون هذا الدفاع غير معونة لها من فعاليتها، ما يؤكد موضوعيتها<sup>(٣)</sup>.

٤. أن يتوافر لهم -إذا كانوا من المعوزين- حق الحصول على المعونة القانونية الملائمة بغير تكلفة. ذلك أن تحميلهم نفقتها يعجزهم عنها، ويردهم عن طلبها.

٥. امتناع حملهم على الإدلاء بأقوال تكذبهم، لأنهم بذلك يشهدون ضد أنفسهم جبراً، ويقرّون بذنوبهم التي يريدون كتمانها، فلا تكون هذه الأقوال غير إضرار بهم بغير رضائهم<sup>(٤)</sup>.

(١) في فرنسا تضاعف المدة بالنسبة إلى من يعارضون الانخراط في الوحدات القتالية للقوات المسلحة وهو ما يبالض مبدأ المساواة. ذلك أن الإثن لهم بعدم الانخراط فيها، يقتضى أن تكون الأعمال البديلة عن الخدمة العسكرية مساوية في زمنها للمدة ذاتها المقررة لهذه الخدمة.

Arlette Heymann- Doot, libertés publiques et droit de l' homme, 4 edition, pp. 104 - 106.

٦. أن يتها لهم مترجمون يفهمون لغة قضائهم، إذا عجزوا عن إدراكها.
٧. ألا يطبق عليهم قانون جنائي بأثر رجعي، وألا تزيد وطأة العقوبة التي يفرضها هذا القانون بأثر مباشر، عن قدر يكفل تناسبها مع الجريمة. فلذا تعامد قانونان على الجريمة ذاتها، تعين أن يكفي بالعقوبة الأكل التي قررها القانون اللاحق.
٨. أن يكفل المشرع حقهم في تنفيذ عناصر الاتهام وبحضها، وذلك من خلال مواجهة شهود الاتهام وتوجيههم تشكيكا في أقوالهم، واستدعائهم كذلك لشهود ينفيون الاتهام عنهم. كل ذلك في نطاق وسائل إجرائية جبرية يجوز طلبها والحمل عليها.
٩. أن يتوافر لهم شكل من أشكال الطعن في الأحكام التي تصدر ضدهم. على أن تتم مراجعتها من قبل محكمة أعلى لها من استقلالها وحيثها وطبيعة القواعد التي تطبقها، ما يكفل إصلاها.
١٠. ضمان حقهم في التعويض وفقاً للقانون عن إدانتهم بالجريمة بخير حق. وتتفرد عقوبتها دون مقتض. وذلك كلما نقض الحكم الصادر فيها، أو صدر غو عنها بعد ظهور واقعة جديدة تؤكد سببا لا خفاء فيه- أن العدالة لم تقدم في الصورة التي لا يخل بها مجراها Misscarriage of justice. ويتعين أن يكون هذا التعويض كاملاً -لا رمزياً- إذ هو تعويض عن خطأ السلطة القضائية الجسيم، أو عن إدانة المدلة بما يشوه وجهها<sup>(١)</sup>.
١١. أن تفصل في الاتهام محكمة لها من صلاقتها الموضوعية والإجرائية، وعلائكة جلمساتها، ما يكفل استقلالها وحيثها<sup>(٢)</sup>.

(١) شبيه بذلك ما تنص عليه المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من أنه إذا تبين للمحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، أن قراراً أو تدبيراً قد صدر عن سلطة قانونية أو أية سلطة غيرها لإحدى الدول المتعاقدة، وأن هذا القرار أو التدبير يتعارض كلياً أو جزئياً مع الالتزامات الملقاة على علق هذه الدولة، تعين على المحكمة- عند الضرورة- أن تقدم ترضية عادلة للطرف المضرور، إذا كان القانون الداخلي لتلك الدولة لا يسمح بخير تعويض جزئي عن النتائج المترتبة على هذا القرار أو التدبير.

(٢) انظر فيما تقدم المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمواد ١١، ٩، ٨، ٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ والمادة ٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في سان جوسيه في ١١/٢٢/١٩٦٩ وكذلك الميثاق الأفريقي حول حقوق الإنسان والشعوب.

١٢. ضمان استبعاد كل دليل يتم الحصول عليه بالمخالفة للدستور والقانون. ذلك أن القوة المتزايدة للشرطة، وتطور وسائلها التقنية في التحقيق ومطاردة للجناة والقبض عليهم، كثيرا ما أغراها على افتراء أدلة بالإكراه أو بالوعود الكاذبة<sup>(١)</sup>.

١٣. لا يجوز لسلطة الاتهام، أن تسالوم المتهم على النزول عن حق كفله له الدستور The Bargaining away of Constitutional Rights، كأن تدعوه إلى النزول عن الحق في الطعن عن الحكم الصادر بالعقوبة، مقابل إسقاط بعض التهم التي وردت في قرار الاتهام<sup>(٢)</sup>.

ويثور في هذا المقام، موضوع التفاوض مع المتهم على الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي تضمنها قرار الاتهام، وهو ما يسمى بالإقرار بجريمة من خلال المساومة عليها Plea Bargain .

<sup>١</sup> ويفسر ذلك بأن الجرائم في الماضي كانت قليلة، وكان المتهمون يظفرون دائما بالمثل أمام قضاة يحققون في الاتهام من كل جوانبه ويفصلون فيه. ثم تطور الأمر مع الزمن بعد أن زادت الجرائم بكثرة ملحوظة وقل عدد قضائتها، وابتدع العمل سولمواجهة هذه الصعوبة- نظاما تقدم فيه النيابة إلى المتهم ما لديها من أدلة في شأن الجريمة التي نسبته إليها، وتبصوه بالعقوبة التي سيلقاها لو أدبى عن هذه الجريمة، ثم تدعوه إلى الإقرار بجريمة عقوبتها أقل. فإذا أقر بها، حوكم عن الجريمة الأقل. وهو ما يوفر أموالا طائلة يدفعها المواطنون في مجال تسيير مرفق العدالة، ويحقق معدلا أكبر في مجال الفصل في القضايا، ويوفر فرصة أفضل للمتهم من خلال قضاء عقوبة مدتها أقل من تلك التي كان من المحتمل توقيعها عليه في شأن الجريمة الأكبر<sup>(٣)</sup>.

إلا أن هذا النظام لا زال محييا مع كل مزاياه المتقدمة. ذلك أن المتهم ينزل عن الحق في محاكمته عن الجريمة التي اتهم أصلا بارتكابها، والتي قد لا يدان عنها. وهو يحمل على القول بالعقوبة الأقل، خوفا من عقوبة الجريمة الأكبر؛ بما ينالقص مصلحة الجمهور في أن

(١) Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914), Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

(٢) Wyman v. James, 400 U.S. 309 (1971).

(٣) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

تسجل الإحصاءات أن ٩٥.٥% من القضايا الجنائية التي نظرتها ولاية نيويورك في عام ١٩٦٤، تم الفصل فيها من خلال نظام المساومة؛ وأن ٧٤% من مجموع القضايا الجنائية في ولاية كاليفورنيا في العام نفسه، تم الفصل فيها علي مقتضى ذات النظام.

يدان كل متهم عن الجريمة التي ارتكبها فعلا. فإذا كان المتهم بريئا من التهمة، تعين إطلاق سراحه، خاصة إذا كان الدليل ضده ملفقا.

### المبحث الثاني

#### الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية

٦٠٢- تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن السلطات العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخل في اختصاصها أم لا.

#### ولا شبهة في مخالفة هذا النص للدستور، وذلك لما يأتي:

أولاً: أن حكم المادة ٤٨ المشار إليها وإن تقرر بقانون؛ وكان القانون يعد تعبيراً عن السيادة الشعبية في كثير من الدول التي تعطيه عصمة يسمو بها على تدخل السلطة القضائية في قواعده، سواء بإبطالها أو تعديلها؛ وكان القانون وإن أقرته السلطة التشريعية المنتخبة، إلا أن للدستور بظل قيماً على قواعده جميعها، فلا تستقيم صحتها إلا بشرط تبيئها للضوابط التي أحاطها الدستور بها؛ وكان البرلمان مقييداً بالدستور؛ ولو اختلط بالسلطة التنفيذية أو خالطها لياتر بتوجيهاتها؛ وكان خروج السلطة التشريعية، على حدود ولايتها سواء بالعنوان على ولاية منحها الدستور لسلطة غيرها، أو بالاندماج فيها بما يكفل توحيدهما - لا يقيمها فوق الدستور، ولا يعطيها الحق في أن تستقل بتحديد معاني أحكامها؛ وكانت النظم العسكرية، ولو صدر بها قانون، إلا أنها هي في النهاية نظم قانونية مخاطبة بالدستور، وعليها أن تتقيد بأوامره فلا تتحول عنها؛ فقد تعين أن يكون الدستور، حداً نهائياً لكل اختصاص<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن إطلاق يد السلطة التشريعية من القيود التي تكبها، مؤداه أن تصد بنفسها -ربصرفها حكماً نهائياً- ما ينقض أو يوافق الدستور. وهو ما يتأبى على وجود محكمة عليا تستقل بتشكيلها وضماناتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتفرض عليهما معاً قيود الدستور، حتى لا تعمل أياًهما فيما وراء دائرة ولايتها، جوراً على اختصاص مقرر لغيرها.

ثالثاً: وإذ تنص المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون القضاء العسكري، ويبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة في الدستور؛ فإن هذه المبادئ تكون قيماً على كل تنظيم تشريعي لهذا القضاء؛ ولا يجوز بالتالي أن يجرى هذا التنظيم، حق الناس كافة في اللجوء إلى

(١) لم تكن الدساتير الفرنسية السابقة على دستور ١٩٥٨، تخول المحاكم حق النظر في دستورية القوانين، وكان منطقياً بالتالي أن يقرر مجلس الدولة الفرنسي وحرفياً، ما يأتي:

En l'état actuel du droit public français, un tel moyen n'est pas de nature à être

قاضيهم الطبيعي؛ ولا أن يخل بحقهم في الدفاع؛ ولا في النفاذ إلى الوسائل القضائية الملائمة للدفاع عن حقوقهم إذا كانوا غير قادرين ماليا على تحمل نفقاتها؛ ولا أن يهدر ضمانة استقلال القضاة وحيثيتهم؛ وامتناع عزلهم؛ وعلائية جلساتهم؛ وخضوعهم للقانون فيما يفصلون فيه من القضايا؛ ولا أن يجزأ التدخل في شئون العدالة؛ وجميعها حقوق كلها للدستور لكل فرد وفق مواد ٦٨، ٦٩، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٨ و ١٦٩؛ بما يحول دون الخروج عليها من خلال بسط حدود الدائرة المنطقية التي يعمل القضاء العسكري في نطاقها؛ وإلا صار قضاء استثنائيا، مخالفاً للدستور.

رابعاً: وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا -على ما تنص المادة ٢٥ من قانونها - هي الهيئة القضائية الوحيدة التي تختص بالفصل في كل نزاع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مختلفتين، وكان عليها أن تستبصر أولاً نطق الولاية التي حددها المشرع لكل من هاتين الجهتين، وأن تفصل بحسب فيما إذا كان المشرع قد حدد تخصوم هذه الولاية وفق ضوابطها المنصوص عليها في الدستور.

فإذا بان لها مجاوزة المشرع لهذه الضوابط كان عليها أن تبطل النصوص القانونية التي خالفتها من خلال استعمالها لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها على تقدير أن اللجوء لهذه الرخصة، يتصل بنزاع معروض عليها يدخل الفصل فيه في اختصاصها لتعلقه بتطبيق نص المادة ٢٥ من قانونها.

خامساً: وإذا تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية على أن المحاكم العسكرية وحدها هي التي تحدد ما يدخل وما لا يدخل في اختصاصها؛ وكان ما قرره هذا القانون في ذلك -وهو سابق في وجوده على العمل بقانون المحكمة الدستورية العليا- ينقض اختصاص هذه المحكمة المنصوص عليه في المادة ٢٥ من قانونها، فإن قانون الأحكام العسكرية لا يكون معدلاً لقانون لاحق عليه، خاصة إذا كان هذا القانون اللاحق قد نظم بصورة مبتدأ القواعد التي تحكم التنازع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين أيا كان موقعهما أو طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكماهما، فضلاً عما هو مقرر من علو المحكمة الدستورية العليا على كل هيئة قضائية سواها. وهو ما حولها -وفقاً لقانونها- السلطة التي تحدد بها، ليس فقط الهيئة القضائية التي اختصاصها المشرع بالفصل في النزاع محل التنازع، وإنما كذلك إضفاء ولاية

جديدة علي هذه الهيئة إذا كان النزاع قد خرج من يدها بصفة نهائية بإصدارها حكما قاطعا فيه بعد تقديم طلب فض النزاع إلى المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

ولا يتصور بالتالي أن يتولي القضاء العسكري مهمة الفصل في نزاع علي الاختصاص يكون هو طرفا فيه، وإلا انقلب خصما وحكما في آن واحد.

سليما: كذلك فإن الهيئتين القضائيتين الممتازتين علي الاختصاص تتكافآن قراء، ولا تعلق إحداها علي أخراهما. وإنما هما خصمان في موضوع معين يتعين أن تفصل فيه محكمة تلوها معا، هي المحكمة الدستورية العليا التي يستحيل أن تكون أحكامها - علي مد جري به قضاؤها - طرفا في نزاع علي الاختصاص. وفي ذلك ضمان لحيدتها فيما بين الجهتين الممتازتين علي الاختصاص، لتخص إحداها بالفصل في النزاع المعروض عليهما باعتبارها أولى به من غيرها وفق أحكام الدستور والقانون<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية "نزاع" - قاعدة رقم ٥ - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ ص ٤٥٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. أنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منزعة تنفيذ" - قاعدة رقم ٣ - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ ص ٤٠٥ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٤ قضائية "نزاع" - قاعدة رقم ٧ - جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ ص ٨٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها، وفيها فصلت المحكمة الدستورية في تناقض مدعي به بين حكمين نهائيتين صدر أحدهما عن محكمة أمن الدولة العليا، والثانيهما عن المحكمة العسكرية العليا، فاطمحة بذلك بعدم إعتدادهما بنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أنه سواء تعلق الأمر بالنزاع علي الاختصاص أو بالتناقض في الأحكام، فإن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في هذا الدراع إلا علي سوء أجدر هاتين المحكمتين ينظره في إطار الحدود التي رسمها المشرع لولاية كل منهما بما لا يناقض الدستور.



### المبحث الثالث

#### قانون الأحكام العسكرية لقانون خاص

٦٠٣- هو قانون خاص بالنظر إلى نوع الجرائم التي ينظمها، والمسؤولين جنائبا عن ارتكابها، وتشكيل المحاكم التي تفصل فيها، وطرق الطعن في أحكامها والقواعد التي أفردتها في مجال التصديق عليها. وهو بذلك يستقل عن محاكم القانون العام سواء في تشكيلها أو ضماناتها، خاصة ما يتعلق منها بحيدتها واستقلالها، وهما ضمانان أساسيان لصون حقوق المواطنين وحرياتهم. وحتى وإن نص هذا القانون للخاص على تطبيق القواعد الإجرائية التي حواها القانون العام، إلا أن الكيفية التي تطبق بها القواعد عملا هي التي تسم المحاكم العسكرية بالخروج على النمط الإجرائي لمحاكم القانون العام.

وهذا التنظيم الخاص وإن كان يمايز بين الجرائم بعضها البعض بالنظر لخصائصها، وكان الأصل في التنظيم الخاص، أن ينبو عن قواعد القانون العام إلا إذا أحال إليها، أو خلا من نص على خلافها؛ إلا أن أفراد أنواع بذواتها من الجرائم بقانون خاص يحيط بها، لا يعتبر معيبا دستوريا، ولو فقد القانون الجنائي تلك الوحدة التي تقتض تنظيمها شاملا ووحيدا" للجرائم جميعها. ذلك أن وحدة القانون الجنائي، أو تفرق قواعده بين أكثر من قانون، يرتبط دوما بطبيعة المصالح التي ينظمها.

فكلما كان لبعض المصالح الهامة ذاتيتها التي تفرد بها بخصائص تستقل بها، وتبرر تميزها عن غيرها، فإن تنظيمها بقانون خاص لرد العدوان عليها بجزاء يلائمها، لا يكون مخالفا" للدستور. إذ هو أدخل إلى السياسة التشريعية التي لا يجوز لجهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تخوض في صحتها، ولا أن تجيل بصرها في بواعثها أو حكمتها؛ ولا أن تحدد بنفسها بديلا للفضل من المشرع، وإنما تنحصر مهمتها في أمرين:

أولهما: تقدير الأسس التي أقام المشرع عليها نظام التجريم، وتقييم العقوبة التي قدرها لكل جريمة من جهة غلوها، أو صغورتها، أو ضرورتها أصلا<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: ألا تهبط القواعد الإجرائية التي تحيط بالمتهمين الذين يحاكمون عن جرائمهم، عن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لهم. وشرط ذلك أن تكون محاكمتهم منصفة لا يمتاز فيها بعض المتهمين على بعض، وإنما يظلم المستور جميعا بالحماية، ولو كانوا غير

مواطنين، ويشملهم بالتالى افتراض البراءة والحق فى دفع الاتهام -بما فى ذلك مواجهة شهود إثباته- بكافة الوسائل القانونية.

وهذه المحاكمة المنصفة التى خلا الدستور حتى من بيان صورة إجمالية لملاحمها، إلا أن قضاء المحكمة الدستورية العليا حدد خطوطها الرئيسية فيما جاء به من أن هذه المحاكمة قوامها خصائص للنظم التى التزمته الدول الديمقراطية فى مجال إدارتها للعدالة الجنائية وسعيها لتحقيق متطلباتها، على تقدير أن لكل جريمة أثرا مباشرا يتمثل فى حرمان مرتكبها من الحق فى الحياة والحرية، وقد تجرده من أموال بملكها؛ وأن كل عقوبة تخرج عن المقاييس المعاصرة لمفهوم الجزاء، تناقض شرط الوسائل القانونية السليمة؛ وأن الأغراض الاجتماعية التى يستهدفها التجريم لا يندرج تحتها حرص الجماعة التى يوجد المتهم بين ظهرانيها، على إرواء عطشها للنار والانتقام، ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا؛ وأن الإفرط فى التجريم، والمغالاة فى العقوبة، وإن كنا محظورين، إلا أن كل جزاء جنائى لا يجوز أن يقل فى مده عما يكون لازما لحمل المخاطبين بالنصوص الجنائية، على أن ينتهجوا طريقا سويا، فلا تجد الجريمة مدخلا لنفوسهم، ولا يكون ارتكابها -إذا ما عقوا العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن كل عقوبة لا يجوز الإفرط فيها، ولا إيهانها بما يجاوز مقاصد التجريم.

كذلك فإن كل عقوبة يتعين وزنها بالقسط لضمان عدالتها التى لا يكفلها غير تناسبها مع الجريمة وتجردها من قسوتها، فضلا عن إمكان تغريدها، على تقدير أن المنذيين لا يتفقون جميعهم فى ظروفهم، ولا فى ماضيهم، ولا فى نزوعهم إلى الجريمة والإصرار عليها كنمط فى سلوكهم لا يتبدل. فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها.

#### ٦٠٤- ويتعين بالتالى العمل على تحقيق أمرين:

أولهما: أن تحكم النصوص الجنائية مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير حسادة تلتئم مع طبيعتها، ولا تزعجها فيما سواها من القواعد القانونية.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٢ جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموع أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٩ - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ثانيهما: أن يوازن المشرع في مجال الاتهام الجنائي بين ضمان الحرية الشخصية في إطار متطلباتها؛ وبين حق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية. فلا يخل هذا للتوازن بمفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة وأسوأها وقعا. ومناطق ذلك، أن يكون تحقيق الاتهام موضوعيا بأن تجريه علانية، وخلال مدة معقولة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفا على ضوء ضوابط محايدة في حقيقتها لا في مظهرها، محكمة ينشئها للقانون، ولها من استقلالها وحيثتها، ما يكفل تثبتها من حقيقة الاتهام. وبما يخل بالحد الأدنى من حقوق المتهم للمائل أمامها.

ويظل المشرع في إطار هذه المنظومة المتكاملة الأركان بالخيار بين تقرير تنظيم خاص لبعض الجرائم، أو إلحاقها بالقانون العام ليحكمها في كافة مناحيها.

فإذا اختار المشرع أفراد قانون خاص لجرائم بذواتها لها من خصائصها وطبيعة جزاءاتها، ما يسوغ فصلها عن جرائم القانون العام، كان ذلك مما يستقل بتقديره، وبما لا يخل بالفصل في دستورية نصوص هذا القانون الخاص على ضوء أحكام الدستور<sup>(١)</sup>.

٦٠٥- وقد حدد قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦١، الجرائم العسكرية حصرا، وبين أنواعها وعقوباتها -الأصلية والتبعية والتكميلية- بما يلائم طبيعتها ويكفل تحقيق مفاهيم الردع من خلال الجزاء المقرر على ارتكابها.

وأقام هذا القانون الخاص كذلك، المحاكم التي تختص بالفصل في هذه الجرائم وإيقاع عقوباتها، وبين درجاتها وطرائق تشكيلها وإجراءاتها، وقوة أحكامها وقواعد إصدارها، وطرق الطعن فيها، والسلطة المختصة بالتصديق عليها، وكيفية تنفيذها، واقتضاء المبالغ المحكوم بها. كل ذلك ليحيط المشرع بهذه الجرائم في كافة أحكامها.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -قاعدة رقم ٢ جلسة ٢١ يوليو ١٩٩٦- ص ٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٩ -جلسة ١٦ نوفمبر

المبحث الرابعنظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادربالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦

٦٠٦- يطلق أحد الفقهاء المصريين على هذا القانون قائلًا بأن الذين صاغوه، جعلوه أكثر تخلفًا من كثير من القوانين القائمة في التنظيم المقارن. فلم يستعد هذا القانون من ذلك التنظيم، وإنما جعل تشكيل المحاكم العسكرية مقصورًا على العسكريين، ولو كانوا غير حائزين لإجازة الحقوق التي لم تشترط في غير المدعى العام، ومدير الإدارة العامة للقضاء العسكري، كضمان لحسن توليهم المهام التي يقومون عليها، وهي من طبيعة قضائية.

ولم يجرز قانون الأحكام العسكرية الطعن أمام محاكم القانون العام في أحكام المحاكم التي شكلها؛ وأعطى الضابط المصدق عليها، سلطة كاملة تصل إلى حد تحويل بنيانها.

٦ ولم يحقق المشرع بذلك وحدة القضاء بين المدنيين والعسكريين، بينما كان له حظ سبق على الدول العربية في إلغاء القضاء الطائفي بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وإعماج محاكم الأحوال الشخصية في المحاكم المدنية<sup>(١)</sup>.

(١) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم العسكرية في القانون المقارن - الجزء الأول - ص ٢٨ من الطبعة الأولى ١٩٧١.

### المبحث الخامس

#### جدب المدنيين إلى المحاكم العسكرية

٦٠٧- ويزيد الأمر سوءاً، أن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية تقرر أحكاماً "تخرج بها النظم العسكرية عن طبيعتها. ذلك لأنها تخول رئيس الجمهورية سلطة متزايدة في مداخلها، تصير بها النظم العسكرية هي الأصل في العلاقة بين السلطة العسكرية والمدنيين، رغم ما هو مقرر قانوناً من أن الجرائم التي تتشتمل هذه النظم، لها طبيعتها الاستثنائية بالنظر إلى خروجها في مفهومها وأحكامها على جرائم القانون العام، وأن طبيعتها الاستثنائية هذه تقتضي تفسيرها في حدود ضيقة، سواء من جهة مضمونها، أو المخاطبين بها.

وتظهر هذه المخالفة من قراءة المادة ٦ المشار إليها، التي لا تخول فقط رئيس الجمهورية بمقتضى فقرتها الأولى أن يحيل إلى المحاكم العسكرية الجرائم التي تخرج بأمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج، وما يرتبط بها من الجرائم؛ ولكن فقرتها الثانية تخلط كذلك بين مجال تطبيق قانون الأحكام العسكرية وقانون الطوارئ، وهما مجالان منفصلان أصلاً، وعلى الأخص لأن حالة الطوارئ موقوفة بطبيعتها، ولها أسبابها وجرائمها التي تفصل فيها محاكم أمن الدولة التي نظمها القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

ولكن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، استبدل المحاكم العسكرية بمحاكم أمن الدولة، واختص الأولى بالنظر في كل جريمة أشمها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ إذا أحالها إليها رئيس الجمهورية إثر إعلان حالة الطوارئ.

#### ٦٠٨- وقد أثار تطبيق الفقرة الثانية المشار إليها جدلاً كبيراً حول حقيقة المقصود بها.

ومن ثم عرض طلب تفسيرها تفسيراً تشريعياً على المحكمة الدستورية العليا، التي جله بقرارها الصادر في هذا الطلب <> "لأن عبارة أي من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، يقصد بها الجرائم المحددة بنوعها تحديداً مجرداً؛ وكذلك الجرائم المعينة بنواتها بعد ارتكابها فعلاً".

وقد قام قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعاوى الآتية بيانها:

أولاً: أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، مؤداة ألا تفسر عبارتها بما يخرجها عن معناها، أو يفصلها عن سياقها أو بما ينقض الأغراض المقصودة منها.

ثانياً: أنه إذا وضع للفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستغراق، صار منصرفاً إلى كافة الأفراد بغير حصر لهم. ومن ثم كان العام دالاً على الشمول والاستغراق، ولا يخصص بغير دليل. وإلا كان ذلك تأويلاً غير مقبول. ويتعين بالتالي حمل كل نص تشريعي أفرغ في صيغة عامة، على معنى الاستغراق، حتى يقوم الدليل جلياً على تخصيصها. وإذا كان لرئيس الجمهورية بمقتضى الفقرة الثانية محل التفسير، أن يحيل إلى المحاكم العسكرية أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، وكانت عبارة "أية جريمة" تدخل بعمومها دون تخصيص، وإطلاقها دون تقييد، على امتساعها لكل جريمة يقرر رئيس الجمهورية إحالتها إلى القضاء العسكري، فإن قصر سلطته في ذلك على الجرائم قبل ارتكابها -والتي يحددها بالنظر إلى نوعها- دون غيرها من الجرائم التي يعينها بذواتها بعد وقوعها، يكون غير صحيح قانوناً.

ثالثاً: إذ يقرر رئيس الجمهورية -وفقاً للفقرة الثانية من المادة [٦]- إحالة جريمة أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها، ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها، ويقرر الإحالة أو بغض بصره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدواناً عليها، أو يخل بحرياتهم انحرافاً عن ضماناتها.

رابعاً: أن لنطبق نص الفقرة الثانية -محل التفسير- على جريمة بذاتها تتحدد لبعدها ودرجة خطورتها بعد ارتكابها، أولى من سريانها على جرائم يحددها رئيس الجمهورية بالنظر إلى نوعها، فلا يكون إراجها في قائمة تحصيلها، دالاً على ظروفها الشخصية؛ ولا كاشفاً عن الأوضاع التي تلازمها.

خامساً: أن أعمال هذه المحكمة لسلطتها في مجال التفسير التشريعي المنصوص عليها في المادة ٢٦ من قانونها، يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع. بل عليها أن تستظهرها وقفاً على كنهها، مستعينة في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية التي سبقها أو عاصرتها.

وتقطع الأعمال التحضيرية للفقرة الثانية لهذا النص بأن إحالة قضايا معينة مما يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها.

سادساً: أن الطبيعة الاستثنائية لنص تشريعي معين، لا تمنى في مجال تفسيره وفقاً  
لنص المادة ٢٦ من قانون هذه المحكمة- إهدار إرادة المشرع، أو الإعراض عن المقاصد  
التي ابتغاها من وراء تقريره.

٦٠٩- وقد أثار هذا التفسير خلطاً كبيراً بين حقيقة مضمونه من جهة؛ ومستورته من  
جهة ثانية.

ومرد هذا الخلط، أن تفسير النصوص للقانونية تفسيراً تشريعياً لا يزيد على مجرد  
استخلاص إرادة المشرع في شأنها، شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في  
ذلك، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية إذا تبين لها خفاء بعض النصوص القانونية  
التي أقرتها والتباسها بالتالي على القائمين على تطبيقها<sup>(١)</sup>. فالتفسير التشريعي في هاتين  
الحالتين، يتسم بعدد من الخصائص أهمها.

١. أن هذا التفسير ليس بخصومة قضائية تعكس بذاتها حدة للتناقض بين مصالح  
أطرافها؛ ولا يتم الفصل فيها (إلا على ضوء ضماناتها؛ وعن طريق القضاء إنفراداً).

٢. أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في  
مجال التفسير التشريعي -كذلك التي تتعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها،  
وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضى تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً  
لمدلولها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها  
لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير  
التشريعي تحريفاً للنصوص القانونية أو تحويراً لمقاصدها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير  
باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٨ قضائية "تفسير" جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٣- ص  
٣٨٤ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا بعد تفسيرها  
النص المطلوب تفسيره في الطلب المرفوع إليها بذلك، عادت إلى الفصل في دستورية هذا النص، وانتهت  
إلى رفض الطعن بعدم دستوريته، بما يفيد أنه أيا كان مضمون النص -سواء حددته المشرع أو حددته  
المحكمة الدستورية العليا من خلال سلطتها في التفسير التشريعي- فإن الطعن في تطبيق هذا المضمون مع  
الدستور، يظل اختصاصاً ثابتاً للمحكمة الدستورية؛ انظر في ذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية  
"دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ - قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع. وفيها بحثت المحكمة ما إذا  
كان النص الذي سبق لها تفسيره تفسيراً تشريعياً، يعد مخالفاً أو موافقاً للدستور.

الحقوق المدعى بها أو نفيها؛ وإن لم يتوخ هذا التفسير مجرد توحيد دلالة النصوص القانونية المضطربة معانيها، حتى يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها، فلا تتعدد تأويلاتها.

٣. وإن تحدد المحكمة الدستورية العليا من خلال التفسير التشريعي دلالة النصوص القانونية التي تفسرها، وكان قرارها بالتفسير يندمج في هذه النصوص؛ ويرتد إلى تاريخ العمل بها؛ فلا يفصل عنها، وإنما يصير جزءاً منها، فإن تحويل قرار التفسير من خلال إعادة النظر فيه أو عن طريق إدخال عناصر جديدة عليه، يكون محظوراً، ذلك أن قرار التفسير يعتبر ملزماً لكل سلطة وللناس جميعهم.

٤. وإن كان من المقرر قانوناً ألا تفسر النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً بما يسمحها، أو يفصلها عن موضوعها، أو يعجزها عن تحقيق الأغراض المقصودة منها؛ على تقدير أن المعاني التي نكل عليها النصوص - والتي لا يجوز تحريفها - هي التي تفصح عن حقيقة محتواها، وتكفل على ما قصده المشرع منها، فقد صار أمراً مقضياً تقرير حقيقة قانونية مفادها أن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يستهض طلباً ضمناً بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور. ذلك أن طلب التفسير الذي يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانونها، لا يخلو غير استصفاء إرادة المشرع التي حمل عليها النصوص القانونية محل التفسير. وهي تستخلص هذه الإرادة بغير تقييم منها لأوجه اتفاق هذه النصوص في معارضتها للدستور؛ وإنما لتعطي تلك النصوص دلالتها وفق ما ابتغاه المشرع منها، سواء قصد المشرع بإقرارها مخالفة الدستور أو تقيد بأحكامه، وسواء كان موقفه منها مجانباً الحق أو ملئزماً به، محايداً أو ملتوياً<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يعطل، أو يقيد سلطتها في مجال الفصل في دستورية هذه النصوص ذاتها.

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢-ص ٨٢١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.



ذلك أن التفسير التشريعي لتلك النصوص، لا يحدد غير مضامينها على ضوء إرادة المشرع ووفق مقاصده منها. وتحديد فحواها وأغراضها على هذا النحو، غير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. فالأمران مختلفان، بل هما نقيضان<sup>(١)</sup>.

وعلينا بالتالي أن نقرر، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يطهرها، لا من مثالبها الشكلية، ولا من عيوبها الموضوعية. وإنما يظل عوار مخالفتها للدستور كامناً فيها، لا يتحول عنها.

ويظل بالتالي مطروحاً أمام المحكمة الدستورية العليا، أمر الفصل في دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠.

٦١- والحقيقة القانونية التي لا نزاع فيها، هي مخالفة هذه الفقرة للدستور. وهي حقيقة لا ينال منها قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية من أن الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يرتبط تطبيقها بإعلان حالة الطوارئ الموقوتة بطبيعتها؛ وأن رئيس الجمهورية إذ يحيل إلى المحاكم العسكرية؛ جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها؛ فلن قراره في ذلك يكون مجرد أداة لتنفيذ حكم هذه الفقرة التي لا ينتص تطبيقها من الاختصاص المقرر قانوناً لمحاكم القانون العام بالفصل في هذه الجرائم ذاتها، ما دام هذا الاختصاص مخولاً كذلك للمحاكم العسكرية بنص له قوة القانون على ما تقدم؛ وطالما كان إعمال رئيس الجمهورية لسلطة الإحالة، إنما يتم تنقيحاً لهذا النص<sup>٢</sup>.

(١) وخير شاهد على ما تقدم، ما تم في الطلب رقم ٢ لسنة ٨ قضائية، الذي قدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص: المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ تفسيراً تشريعياً. وما أن صدر هذا التفسير، حتى نعى المدعى في الدعوى الدستورية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، على هذه المادة ذاتها، مخالفتها للدستور. وقد قضى بقبول هذا الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً. ولو كان التفسير التشريعي لنص المادة المطعون عليها في هذه القضية حائلاً دون تجريدها على أساس مخالفتها للدستور، لقضى بعدم قبول هذه الخصومة لاتصالها بالمحكمة الدستورية العليا بالمخالفة للأوضاع المقررة أمامها. القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ -قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر الحكم في هذه الدعوى من المحكمة العليا -الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا- في ٣ أبريل ١٩٧٦، ونشر في صفحة ٤٥٦ وما بعدها من الجزء الأول (مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية) من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها في ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦.

وظاهر مما تقدم، أن المحكمة العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية؛ لم تناقش السلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية -عند إعلان حالة الطوارئ- كافة جرائم القانون العام إلى المحاكم العسكرية، إلا من زاوية بعينها، هي أنها مجرد أداة لتنفيذ نص قائم في قانون معمول به.

ولم نخض بذلك في مضمون هذه السلطة، أو نطاقها، أو في الآثار القانونية التي ترتبها، لتتصل في اتفاقها أو تعارضها من الدستور.

ومن ثم يكون حكمها مقصوراً على دائرة ضيقة، هي تلك التي تتعلق بالسلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، الجرائم المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة {٦} أنفة البيان. ومن ثم تتعلق هذه السلطة بنطاق اختصاص رئيس الجمهورية في شأن هذه الجرائم.

٦١١- وإذا كان الفصل في الاختصاص -وجوداً أو انتفاء- هو فصل في مطاع شككية؛ وكان من المقرر في المطاع الشككية، أنها لا تسقط المطاع الموضوعية، ولا تجبها، ولكنها تتقدمها؛ فإن قضاء المحكمة العليا في شأن الاختصاص المقرر لرئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، لا يعطل ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التحقق من اتفاق السلطة التي يباشرها رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها، مع نصوص الدستور في مادتها أو موضوعها.

فإذا استقام ما تقدم صحيحاً في الأذهان، وقام على سند من القانون، تعين أن نتحدد دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، من منظور النفاط الآتي بياتها:

١. أن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات -والتي يجوز لرئيس الجمهورية أن يحيلها إلى المحاكم العسكرية عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها- هي جرائم للقانون العام، إذ هو إطارها والدائرة المنطقية لتنظيمها.

وإذا تحولت الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، رئيس الجمهورية سلطة إحالتها كلها أو بعضها إلى غير قاضيتها الطبيعي، ممثلاً في المحاكم العسكرية، التي تتولى وحدها الفصل فيها بمجرد إحالتها إليها؛ فإن اختصاص هذه المحاكم بتحول من الدائرة المحدودة التي ينبغى أن ينحصر فيها، إلى اختصاص شامل يُحوّل حول الجرائم جميعها، ويسعها في كل أحوالها

وأثوارها، بما يقيم تلك المحاكم كجهة قضائية وحيدة تفصل في كافة الجرائم المحالة إليها، وذلك إما كان موضوعها، أو أشخاص مرتكبيها.

٢. أن تخويل رئيس الجمهورية الحق في أن يحيل ما يراه من الجرائم إلى غير قضائيات الطبيعيين، يحمل في ثناياه مخاطر إساءة استعمال السلطة، ويقوض كذلك قواعد الاختصاص التي يحدد المشرع بموجبها لكل هيئة قضائية ولايتها. ذلك أن الأصل هو ألا تتداخل ولايتان قضائيتان، ولا أن تتزاحما في موضوع واحد، ولا أن تنتزع جهة قضائية ولاية أثبتتها المشرع لغيرها، وإلا كان ذلك عدواناً على استقلالها.

٣. غير صحيح ما قرره المحكمة العليا من أن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ للمشار إليها، يبقى محاكم القانون العام إلى جوار المحاكم العسكرية، ويجعل اختصاصهما بنظر جرائم القانون العام المنصوص عليها في هذه الفقرة، مشتركاً. غير صحيح ما تقدم. ذلك أن رئيس الجمهورية إذ يحيل هذه الجرائم كلها أو بعضها إلى المحاكم العسكرية، فذلك ليخصصها بها، بما يجعل الفصل فيها مقصوراً عليها.

ومن غير المتصور كذلك أن تتعاضد ولايتان على محل واحد.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بإحالة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ إلى المحاكم العسكرية، ليس مجرد أداة لتنفيذ حكمها. بل إسباغ اختصاص نظر هذه الجرائم على تلك المحاكم. فلا يكون نقل هذا الاختصاص إليها، غير ولاية جديدة ومبتدأه يخلعها رئيس الجمهورية عليها، كي تبأشرها بنفسها، وتحتجزها لحسابها.

ولا كذلك سلطة التنفيذ التي يقتصر مجال إعمالها على تفصيل أحكام أجهلتها القوانين القائمة، بما ليس فيه من تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها.

٥. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، تتصل بولاية قضائية قائمة، وتنقل بعض جوانبها إلى جهة غيرها. وهو بذلك ينشئها للجهة الجديدة، ويقيمها عليها ويختصها بها من خلال سلطة تقديرية مطلقة تتأقض مبدأ الخضوع للقانون بما يقوم عليه من نبذ كل أشكال التحكم علي اختلافها.

٦. أن حالة الطوارئ في مصر، والتي يرتبط إعلانها باستعمال رئيس الجمهورية للسلطة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ آنفة البيان، تكاد أن تكون حالة دائمة يتحول بها اختصاص رئيس الجمهورية في نطاقها، إلى سلطة لا انقطاع لها تتحدد بدلايتها

بقرار رئيس الجمهورية إعلان الحالة الطارئة. وهي حالة قلما ينهيهها لا هو، ولا السلطة التشريعية التي يلجأ إليها لمدّها. فلا يكون دوام تلك الحالة غير الأصل فيها.

٧. القول بأن النظم العسكرية لها من إجراءاتها في التحقيق والمحاكمة ما يكفل سرعتها، ويدعم الأغراض المقصودة منها، مردود بأن للحق في التقاضي ومآله وضماناته التي لا يجوز الإخلال بها. وكثيرا ما يكون عامل السرعة مدخلا إلى محاكمة مختصرة فسي إجراءاتها، بما يناقض حقائق العدل التي لا يجوز التهوين منها. فضلا عن أن الأصل في كل قاعدة إجرائية، أن يرتبط تطبيقها بمبرراتها المنطقية؛ ويملاءمتها لضمنان حقوق أفضل للمتهمين جميعهم؛ وبتأملها مع غيرها من القواعد الإجرائية والموضوعية، لتقييم في مجموعها البينان المقبول للنظم القضائية جميعها، والجنائية منها على الأخص، بحكم اتصالها المباشر بالحرية الشخصية.

٨. أن تحويل النظم القضائية القائمة من خلال نقل جرائم القانون العام من الجهة التي تختص أصلا بنظرها، إلى المحاكم العسكرية التي لها من جهاتها، وأوضاع تشكيل قضاتها، وقسوتها، وإجراءاتها التحكيمية، وضماناتها المبسّرة، ما يحيط المحاكمة الجنائية أمامها بمخاطر كبيرة قلما ينجو المتهمون منها، وتخرج بها عن صميم منهاجها.

٩. أن المواطنين الذين ينتزعون من قضاتهم الطبيعيين، يواجهون ميل المحاكم العسكرية إلى التضيق من ضماناتهم القضائية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحق في اختيار محامين يساندونهم في كافة مراحل التحقيق، وينبهونهم إلى كيفية تصرفهم أثناء جريانه؛ ويبصرونهم بحقيقة الأدلة المتوفرة ضدهم وما ينبغي أن يقدم من الأوراق والشهود لحضنها.

وحتى مع وجود هذه الضمانات، فإن المحامين كثيرا ما يردون عنها من خلال الأجال القصيرة التي يؤذن لهم فيها بقراءة أوراق التحقيق.

٦١٢- ومن هذه الزلوية، كان حرص المحكمة الدستورية العليا على أن تضمن قرارها الصادر في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية، العبارة الآتي نصها:

"إن رئيس الجمهورية إذ يحيل - وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية- جريمة بعينها أو جرائم بنواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها ودرجة خطورتها، سواء في موضوعها أو بالنظر إلى مرتكبيها، فإنما يزن كل حالة على حده بما يناسبها، ويقرر إحالتها أو بغض نظره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة

العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدواناً عليها، أو يخل بحرياتهم  
انحرافاً عن ضماناتها<sup>(١)</sup>.

وهذه الحيثية التي أوردتها المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير المذكور، وإن لم يكن لها شأن باستخلاص إرادة المشرع وتوقفاً على كلها، لتحدد على ضوءها مضمون النصوص القانونية محل التفسير؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا ما سطرتهام لها، ولكنها قصبتها لتدعو رئيس الجمهورية إلى ما يأتي: ما ينبغي أن يأخذ في حسابه عند إعمال الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها.

أولاً: أن يحيل إلى المحاكم العسكرية، الجريمة أو الجرائم التي يقرر خطورتها بعد إعلان حالة الطوارئ، على ضوء مقاييس موضوعية يستهض بها الحقائق المواتية جميعها، ويوزن منهجياً بين كافة عناصرها، لينخل كافة مكوناتها في اعتباره.

ثانياً: أن يكون دافعه إلى إحالة الجريمة أو الجرائم التي يعينها على ضوء خصائصها، منحصراً في المصلحة العامة في درجاتها العليا؛ وبما لا إخلال فيه بحقوق المواطنين انتهاكاً لها، أو بحرياتهم انحرافاً عنها.

ثالثاً: أن تقدير المشرع لضوابط الولاية التي يعطى على ضوءها لكل جهة قضائية نصيبها من القضايا التي يخصها بها، ويكلفها الفصل فيها؛ غير تقدير رئيس الجمهورية لتحويل قواعد هذه الولاية بما يحل من نطاقها أو يخرجها عن طبيعتها.

ذلك أن التقدير في الحالة الأولى لا يكون أصلاً إلا موضوعياً. بينما توجهه العوامل الشخصية في الصورة الثانية، وهي عوامل كثيراً ما تقود إلى التحكم.

رابعاً: ولئن كان الدستور قد فوض المشرع في أن يحدد للنظم العسكرية ملامحها التي يندرج تحتها نطاق سرياتها، وصلتها بالخاضعين لها، وحقوقهم قبلها، وأنماط الجرائم التي تواجهها بما يحيط بأركانها وبأجزاء عليها؛ وكان ما يتوخاه المشرع من هذا التنظيم، هو أن تكتل عناصره جميعها؛ إلا أن القواعد التي يقوم عليها، والقيم الأيدلوجية التي يصدر عنها، لا يجوز أن تخل بالحرية الشخصية في غير ضرورة، ولا بحقائق العدل في متطلباتها الأمرة. وأخصها أن المدنيين يخرجون أصلاً عن النظم العسكرية، فلا تشملهم مفرداتها، ولا الأغراض التي تستهدفها؛ إذ هم غرباء عنها، فلا تجوز ملاحقتهم بها، أو إخضاعهم لها.

(١) ص ٢٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

خامساً: أن الذين يجلبون إلى المحاكم العسكرية هم الذين يرتبطون حقيقة بالنظم العسكرية، فإذا لم تكن لهم صلة بها، أو قام الدليل على انقطاع هذه الصلة بعد سبق توافرها، لم يعد لتطبيق هذه النظم عليهم من محل<sup>(١)</sup>.

سادساً: وما قررناه في شأن ما يحيله رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية من الجرائم عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، يصدق كذلك -وبالقوة ذاتها- على فقرتها الأولى التي تقرر سريان قانون الأحكام العسكرية على الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وما يرتبط بها من جرائم، إذا أحالها رئيس الجمهورية إلى القضاء العسكرى.

ذلك أن هاتين الفقرتين، وإن اختلفتا في أن فقرتها الأولى لا تدخل رئيس الجمهورية غير إحالة جرائم أمن الدولة -دون غيرها- إلى المحاكم العسكرية، ولا تقيد في ذلك بزمان دون آخر؛ وكانت فقرتها الثانية تجعل من حالة الطوارئ قيلاً زمنياً على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطته في إحالة جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها إلى هذه المحاكم؛ إلا أن هاتين الفقرتين تتفقان في تحويلهما رأس الجمهورية سلطة إخراج بعض الجرائم من دائرة القانون العام، ليحيل جناتها إلى المحاكم العسكرية التي تخضعهم لنظمها.

ولئن جاز القول بأن للجرائم التي تزل بأمن الدولة -داخلياً أو خارجياً- خطرها، إلا أن مجرد خطورة الجريمة لا يربطها بالنظم العسكرية، التي تفترض إخلالاً مباشراً بالركائز التي تقوم هذه النظم عليها، وبالمصالح التي تحميها، والتي لا يندرج تحتها جرائم يحكمها القانون العام.

ولئن جاز أن تنظم قوانين خاصة جانباً من جرائم القانون العام بما يجعلها ملحقة بهذا القانون أو مكملة لأحكامه، فلا تتفصل عن إطاره؛ إلا أن النظم العسكرية لها خصائصها المتفردة التي تخرجها في كثير من أجزائها عن ضوابط القانون العام، فلا تشمل فى إطار المفاهيم التي يحتضنها هذا القانون. وإنما تكون لهذه النظم ذاتيتها وقواعدها الاستثنائية التي يتعين أن ينحصر تطبيقها في حدود ضيقة ترتبط عقلاً بأهدافها.

سابعاً: وكلما أفرط المشرع في تحديد دائرة الجرائم التي تشملها النظم العسكرية، كان ذلك انحرافاً من المشرع عن حقيقة الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها، وتحويراً لهذه النظم من

(١) Toth v. Quarles 350 U.S. 11 (1955)

طبيعتها الاستثنائية، إلى أصل يهيمن على الجرائم في كثير من صورها، حتى تلك التي تدخل في المجال الطبيعي لدائرة القانون العام؛ وهو ما لا يجوز أو يختص<sup>(١)</sup>.

---

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١١ قضائية تنازع المحكوم فيها بجلسة ٤ مايو سنة ١٩٩١ ما يأتي:

من المقرر - عملاً بالمادة الخامسة عشر من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - أن القضاء العادي هو الأصل، والمحاكم العادية هي المختصة بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن أفعال مكونة لجريمة وفقاً لقانون العقوبات - وهو القانون العام - لئلا كان شخص مرتكبها. في حين أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائي استثنائي مناهضة إما شخص مرتكبها على أسس صفة معينة تولفت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون<sup>٢</sup>.

أنظر في ذلك ص ٥٨٨ من الجزء الرابع من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث السادس المخاطبون بالنظم العسكرية

٦١٣- يتحدد اختصاص المحاكم العسكرية من جهتين:

أولاهما: خصائص الجرائم التي ينبغي أن تدخل في ولايتها من جهة، وثانيتهما: صفة مرتكبيها.

ذلك أن هذه المحاكم لا تنتظر إلا في جرائم عسكرية بطبيعتها، كالجرائم المرتبطة بالعدو؛ وجرائم العصيان؛ وجرائم تعطيل أسلحة القوات المسلحة ومعداتها، أو إطلاقها أو نهبها؛ وجرائم الاعتداء على القادة والرؤساء؛ وجرائم إساءة استعمال السلطة والامتناع عن التقيد بالأوامر وإطاعتها.

ولا شأن لتلك المحاكم كذلك بجرائم أتاها أشخاص لا تخضعهم النظم العسكرية لأحكامها، أي كانت طبيعة هذه الجرائم أو خصائصها.

٦١٤- وقد عرض قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لهاتين الزاويتين، وذلك بأن بين الجرائم العسكرية، وحدد أركانها في المواد من ١٣٠ إلى ١٦٧ من هذا القانون؛ وعين المخاطبين بأحكامه في المواد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٨ مكرراً؛ وإن كانت مادته الرابعة هي التي تحدد بطريقة أعرض وأشمل، المخاطبين بالنظم العسكرية، إذ جاء نصها معرفاً بهم على النحو الآتي:

١. ضباط القوات المسلحة الرئيسية والفرعية والإضافية.

٢. ضباط صفها وجنودها عموماً.

٣. طلبة المدارس والمعاهد والكليات العسكرية، والمراكز التدريبية المهنية.

٤. المأمورين في الحروب.

٥. أية قوات عسكرية بأمر رئيس الجمهورية بتشكيلها ويعهد إليها بأداء خدمة عامة أو خاصة أو مؤقتة.



٦. عسكريو القوات الحليفة والملحقون بهم، إذا كانوا يقيمون في إقليم الجمهورية، ما لم تنص معاهدة أو اتفاقية خاصة أو دولية بغير ذلك.

٧. الملحقون بالمسكربين أثناء خدمة الميدان، وهم كل مدني يعمل في وزارة الحربية، أو في خدمة القوات المسلحة بأية صورة.

٦١٥- وهذا النفر من المشمولين بقانون الأحكام العسكرية، يمثلون أكثر المخاطبين به عددا. ومنهم من يعتبر أصيلاً في القوات المسلحة، متولياً وظيفة دائمة بها، كالضباط الذين يلحقون بأفرعها المختلفة، ويعتبرون من كوادرها بعد تخرجهم مسن كلياً منهم أو معاهدهم العسكرية؛ ومنهم من يرقى إلى مرتبة القادة الذين يخططون لعملياتها الحربية وينيرونها.. وإلى جانبهم في القوات المسلحة، يأتي ضباط صفها، الذين يدرّبون جنودها ويشرفون عليهم بصفة مباشرة.

ثم تأتي القاعدة الأعرض للقوات المسلحة. وهؤلاء هم جنودها الذين يندرجون في صفوفها لاستيفاء خدمتهم الإلزامية بها للمدة التي يحددها المشرع. ومن ثم تؤل خدمتهم هذه إلى زوال بعد انتهاء زمنها. وهم ينقلون بعد انقضائها إلى الاحتياط، ما لم تستدعيهم القوات المسلحة من جديد لخدمتها في أغراض شتى يندرج تحتها تطوير تربيهم؛ أو استكمال عناصر وحداتها، أو تعبئتهم للقتال؛ أو حشدهم عند إعلان حالة الطوارئ.

#### ويلحق بهؤلاء وهؤلاء:

٨. كل قوة مسلحة يشكلها رئيس الجمهورية ويكلفها بعمل معين، ولو لزم من محدود، كما لو بثها للقضاء على تمرد أو عصيان داخلي شديد الخطر.

٩. كل قوة مسلحة تأتي من دولة أجنبية لتقيم في مصر بوصفها قوة حليفة تظاهر جيشها، وتقدم عونها لدعم جهوده الحربية، وكذلك المدنيون الذين يلحقون بها.

وتنظم المعاهدة أو الاتفاقية الدولية أو الخاصة لأوضاع القوة الأجنبية الموجودة في مصر، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسئولية الشخصية لأفرادها عن الجرائم التي يرتكبوها في

إقليمها؛ وإن كان الأصل هو محاسبتهم عنها أمام السلطة الإقليمية، ما لم تعفهم المعاهدة صراحة من الخضوع لها<sup>(١)</sup>.

١٠. المدنيون أثناء خدمة الميدان، سواء أعانوا قواتهم المسلحة بطريق غير مباشر من خلال علمهم لحسابها في وزارة الدفاع؛ أم كانوا من المرتفقين لها الذين يسهمون بطريق مباشر في عملياتها الحربية. كالأطباء الذين يعيدون جرحاها ومريضها، والمهندسين الذين ينصبون لها المعابر التي تجتازها.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء، يساعدون قواتهم المسلحة أو يعيشونها من خلال أعمال يؤدونها لمصلحتها.

١١. أسرى الحرب<sup>(٢)</sup> وهؤلاء تنظم أوضاعهم اتفاقية جنيف في ١٢/٨/١٩٤٨ بشأن قواعد معاملتهم، والتي تعتبر مصر طرفا فيها، وتتخذ بالتالي بأحكامها التي تقوم في جوهرها على ما يأتي:

(١) وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لنزاع ينطبق بدستورية اتفاقية تنظيم إقامة الجيوش العربية في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، التي وافق عليها مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية في ١١ سبتمبر ١٩٦٥، والتي تقضى بخضوع أعضاء القوات الطويلة أصلا للولاية المطلقة لقضايتهم الوطني بالنسبة للجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة؛ وبعدم خضوعهم لولاية القضاء المدني، أو لآلية إجراءات أخرى في هذه الدولة؛ وبأن تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الغير حول الالتزامات التعاقدية أو حول الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الأموال - بصفة عامة - هيئة بشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية.

وكان مبنى الطعن عليها بعدم الدستورية، حجبها القضاء المصري عن نظر كافة المنازعات التي تنشأ بين القوات الحليفة والمصريين. وقد ردت المحكمة على هذا الطعن بقولها بأن هذه الاتفاقية أبرمت - في إطار جامعة الدول العربية - تنظيمًا لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول، وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية، وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه. وبأن وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي، فإنها تعد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية، وتقتضيها السياسة العليا للبلاد، وتندرج ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تنحصر عنها الرقابة القضائية الدستورية. ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى.

[انظر في ذلك القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا].

(٢) تنص المادة الثمانية من القانون الأمريكي الموحد للعدالة الجنائية Uniform Code of Military Justice على أن يتأثر المحاكم العسكرية ولايتها على الأشخاص الخاضعين لهذا القانون، ومن بينهم - وعلى ما ورد في البند ٩ من هذه المادة، أسرى الحرب المحتجزون لدى القوات المسلحة.

Prisoners of war in custody of the armed forces

أولاً: أن تراعى الدولة الحاجة فيما تتخذه قبلهم من تدابير قضائية أو تأديبية -على ما تنص عليه المادة ٨٣ من الاتفاقية- أكبر قدر من التسامح؛ وبشرط أن تتقدم إجراءاتها التأديبية قراراتها القضائية، كلما كان ذلك ممكناً.

وهم يحاكمون -وعلا بنص المادة ٨٤ من هذه الاتفاقية- عن جرائمهم أمام المحاكم العسكرية للدولة الحاجة، ما لم ترخص تشريعاتها لأفراد قواتها المسلحة بالمنول أمام محاكمها المدنية عن الجرائم ذاتها التي يلاحق أسير الحرب قضائياً بسببها.

ثانياً: أن تتوافر دوماً في المحكمة العسكرية التي تحاسبهم عن الجرائم التي يرتكبوها، ضمانات استقلالها وحيدتها، ودون إخلال بحقوق ووسائل الدفاع المنصوص عليها في المادة ١٠٥ من الاتفاقية المذكورة.

ثالثاً: أن تراعى محاكم الدولة الحاجة عند تحديد العقوبة -ولأبعد حد ممكن- أن المتهم ليس من رعاياها، وغير ملزم بالتالي بالولاء لها.

٦٦٦- وقد ألحق قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، طلبية المدارس والكتليات الحربية، وكذلك طلبية المراكز المهنية التدريبية، بالصكربين. وهو ما نراه محل نظر.

ذلك أن هؤلاء لا يعتبرون من ضباط القوات المسلحة إلا بعد تخرجهم من هذه المعاهد أو المراكز. ويبقى من الطلبة طوال مدة دراستهم التي قد يتمونها، أو تقصر جهودهم عن الانتهاء منها. ولا يختلفون بالتالي في مراكزهم للقانونية عن طلبية المعاهد العلمية المدنية التي تقابل كلياتهم ومعاهدهم.

وليس من شأن طبيعة برامجهم التعليمية واختلافها في نوعها عما يتلقاه الطلبة في المعاهد المدنية النظرية، أن تمايز بين هؤلاء وهؤلاء في نوع أو نطاق الولاية القضائية التي يخضعون لها. ذلك أن محاكم القانون العام هي التي تشملهم بولايتها وتبسطها عليهم.

وهو ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية<sup>(١)</sup> التي يبين من تقريراتها ما يأتي:

(١) صدر هذا الحكم في ٩/٩/٢٠٠٠ وقد نشر في ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً : أن طلبية الكليات والمعاهد العسكرية لا يندرجون قبل تخرجهم منها ضمن الضباط العاملين في القوات المسلحة.

ثانياً : أن منازعاتهم التي تتوخى إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأنهم عن مجالس هذه الكليات والمعاهد، تدخل أصلاً في اختصاص محاكم مجلس الدولة باعتبارها قاضى للقانون العام في المنازعات الإدارية والتأديبية على ما تنص عليه المادة ١٧٢ من الدستور.

ثالثاً : أن نقل الولاية القضائية من قاضيهما الطبيعي، لا يجوز إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة الملجئة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في أوثق روابطها- مقطوعاً بها؛ ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها.

رابعاً : أن طلبية المعاهد والكليات العسكرية لا يختلفون في مراكزهم القانونية عن طلبية المعاهد المدنية التابعة لوزارة التعليم العالي. ولا يجوز بالتالي نقل الولاية القضائية في شأن منازعاتهم الإدارية من محاكم مجلس الدولة إلى جهة غيرها.

٦١٧- ويظل ثابتاً سريان النظم العسكرية في شأن الأشخاص الذين يشكلون وحدة منظمة في القوات المسلحة بما يلحقهم بها ويجعلهم من أفرادها، شأن هؤلاء شأن الذين ينتظرون خروجهم منها بعد انتهاء خدمتهم الإلزامية فيها؛ وشأن المتطوعين في القوات المسلحة منذ قبولهم بها؛ وكذلك الذين تطلبهم للعمل فيها منذ طلبهم؛ والذين يستدعون قانوناً للانخراط فيها منذ دعوتهم ووفقاً لشروطها؛ والذين ما زلوا في فترة الاختبار بها قبل تثبيتهم فيها؛ والمودعين في سجونها تنفيذاً لعقوبة محكوم عليهم بها؛ والمأسورين في عملياتها الحربية طوال مدة احتجازهم لديها؛ والذين يصحبونها إلى قاعدة حربية فيما وراء حدود الولاية الوطنية أو يوجدون في محيط هذه القاعدة؛ سواء استأجرتها القوات المسلحة بمقتضى معاهدة دولية، أو احتجزتها نفسها بالقوة من خلال سيطرتها عليها.

### المبحث السابع خصائص للنظم العسكرية وأهدافها

٦١٨- تحدد للنظم العسكرية، الأشخاص الذين تشملهم بأحكامها، وتعتبرهم من العسكريين الذين لا يحاكمون وفقاً لهذه النظم إلا عن جرائم بذواتها لها خصائصها، والتي تكفل عقوباتها ردع مرتكبيها، وضمان المصالح المباشرة للقوات المسلحة مما أقام لهذه النظم قانونها الخاص، وجعل سريتها واجباً ولو في زمن السلم.

وتجاوز الأغراض التي تستهدفها هذه النظم مجرد إيقاع صور الجزء التي عينتها على المخالفين لأوامرها.

ويعتبر الدستور كذلك مصدراً مباشراً له يكفل شرعيته؛ في الحدود المنصوص عليها فيه، والتي يندرج تحتها أن لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٥٠ من الدستور، أن يتخذ ما يراه من التدابير التي توفر للجيش معداتها وتجهيزاتها، كي يتهيأ لها أفضل الفصوص لأداء مهامها القتالية على الوجه الأكمل، إذ هو قائدها الأعلى والأمين على إعدادها للقتال.

وكما يختص رئيس الجمهورية بالدخول في كل معاهدة دولية يقتر ضرورتها لصون مصالحها، ولو في بعض جوانبها، كذلك التي تقيم تحالفاً وفقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور، بين مصر وغيرها من الدول؛ فإن على المشرع سرياً بنص المادة ١٨٠ من الدستور - أن يعمل على ضمان وفاء القوات المسلحة بواجباتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بأمن الوطن وضمان وحدته الإقليمية ورد للمخاطر التي قد يتعرض لها من خلال غزو خارجي.

ولرئيس الجمهورية كذلك - ومن خلال مجلس الدفاع القومي المنصوص عليه في المادة ١٨٢ من الدستور - للنظر في كافة الشؤون ذات الصلة بأغراض الدفاع عن مصر وتأمينها من المخاطر.

وهذه المواد جميعها، يجمعها سعيها لضمان آلية مقترنة تكفل للقوات المسلحة بلوغ أهدافها بأفضل الوسائل، وبما يكفل تحقيق تماسكها وفرض السيطرة عليها، وتأهيلها لخوض معاركها.

ومن ثم كان منطقياً أن يفوض الدستور المشرع في بناء المحاكم العسكرية، وتحديد اختصاصاتها، وتعيين صور الجزاء التي توقعها عن الجرائم التي تتبسط عليها ولايتها، على أن يكون ذلك - على ما تنص عليه المادة ١٨٣ من الدستور - في حدود مبادئ الدستور التي

لا يجوز تقرير حكم على خلافتها، ولو كان ذلك في إطار النظم الاستثنائية في جوانبها المختلفة.

٦١٩- غير أن النظم العسكرية، وإن كان يحكمها قانون خاص يحيط بها؛ إلا أن هذا القانون لا ينفصل عن غيره من القوانين، ولا يعمل في فراغ Legal vacuum، إذ يدخل في إطار منظومة قانونية متكاملة لها من عموم مبادئها، ما يربط بين أجزائها، وعلى الأخص في نطاق مفاهيم النظم الجنائية التي تقوم أصلاً على أن البراءة تفترض، وأن نقضها لا يكون إلا من خلال اقتناع قضائي لا تتدخله شبهة لها أساسها.

٦٢٠- وأياً كان مضمون النظم القانونية، فإن حقائق العدل ومعطياتها تحيط كذلك بالقواعد المسلم بها في مجال تفسير أحكامها. ويندرج تحتها أن كل كلمة أو عبارة أوردتها قانون ينظم الشؤون العسكرية، إنما يؤخذ بها في سياقها؛ وأن إطلاقها لا يتقيد بغير دليل، وتخصيصها لا يكون بغير قرينة تصرفها عن عموم معناها؛ وأن فهم العبارة أو الكلمة في القوانين العسكرية يكون أصلاً بمقابلتها بما يماثلها في غيرها من القوانين، ما لم تعطها النظم العسكرية لها معنى آخر يلتزم وطبيعة هذه النظم، أو يكفل بصورة أدق تحقيق أغراضها. وتعتبر المسائل التي لا حكم فيها، مسكوتاً عنها لتنظيمها للقواعد الكلية التي توحد بين القوانين في عموم مفاهيمها ومبادئها.

وحتى في النظم الاستثنائية، فإن حقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتها، إنما تتحدد على ضوء القيم التي احتضنها الدستور. ذلك أن النظم القانونية جميعها، يحكمها الدستور ويحتويها. والمواطنون أطرافها بغض النظر عن مواقعهم في مجال تطبيقها. وصفاتهم هذه توابعهم أينما حلوا؛ وإليها تعود حقوقهم وحرياتهم في جذورها.

٦٢١- ويعتبر بالتالي التوفيق بين النظم القانونية في البلد الواحد لتحقيق أغراض

أهمها:

أولاً: ألا تتأثر ركائزها الأساسية بما يشوهها ويعوق تكاملها، لتظهر كنظم متفرقة لا رباط بينها.

ثانياً: أن تمثل هذه النظم في مجموعها، حصيد القواعد القانونية القائمة Corpus juris التي لا تتهدم فيما بينها، وإنما تتداخل، وعلى الأكل من خلال اجتهادات قضائية وفقهاء تضم عناصر هذه النظم إلى بعضها، وتبين الخطوط الرئيسية التي تظللها، لتكفل في نهاية المطافها

الوحدة الواجبة للتنظيم القانوني في الدولة، وعلى الأخص من ناحية المفاهيم الإجمالية التي تقوم عليها.

ثالثاً : ألا تصدر النظم القانونية على اختلافها من فراغ أو باعتبارها هائمة في فضاء عريض. إذ تدور حول تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم -لا بوصفها من القيم المجردة التي يصوغها المشرع في نصوص قانونية لأغراض مثالية- وإنما لتعاش واقعها من خلال توازن يتحقق بين ضرورة ضمانها لأصحابها، وبين الحق في فرض بعض القيود عليها لضمان حقوق الآخرين.

وتكفل قاعدتان هذا التوازن وتتكاملان فيما بينهما؛ أولاهما : أن النظراء يتكافأون في الحقوق.

ثانيتهما : أن القيود على الحقوق مدخلها للوسائل القانونية السلمية The due process of law حتى لا يحرم أحد من حريته، ولا من الأموال التي يملكها، ولا من الحق في الحياة، دون مقتض.

وهاتان القاعدتان الغائرتان في النظم القانونية جميعها، تبدوان أكثر أهمية في مجال تطبيقهما في النظم العسكرية التي تتضاءل في إطارها حقوق المتبعين قبلها. ذلك أن النظم العسكرية تحمل معها جهامتها وتقاليدها وأعرافها. ولا تتفصل كذلك عن أغراضها في تحقيق أقصى درجة من الردع لضمان المصالح التي ترتبط بها هذه النظم، والتي تظل -في محتواها وأغراضها- نظاماً قانونية تتواصل مع غيرها من النظم القائمة في البلد الواحد، وتتأبى بالتالي على إطلاق السلطة أو إساءة استعمالها.

### المبحث الثامن

#### علا السلطة المدنية على السلطة العسكرية

٦٢٢- وصار لازماً أن تكون القواعد الكلية التي يتضمنها الدستور، حدا للنظم العسكرية؛ وأن ترتبط قوة الجيوش بخضوعها للقانون، وبعلا السلطة المدنية عليها، وتلقياً لتعليماتها منها.

ذلك أنه وإن جاز القول بأن الجيوش لا يجوز إعانها ولا إضعافها بما يوهن عزائم رجالها من خلال قيود تتل من قدرتها على مواجهة المخاطر التي تطرأ لها سواء أثناء الأعمال الحربية، أو عند إعلان حالة الخطر العام أو الحصار L'Etat de siège؛ وأن السلطة القضائية كثيراً ما تتردد في أن تستخلص بنفسها ضوابط تقيد بها الجيوش في حركتها وفعاليتها؛ وأن التدخل في مهامها قد لا يكون مقبولا حتى من الجماهير التي تنظر إلى قواتها المسلحة كصمام أمن يحفظ للبلد ترابها وعرضها؛ إلا أن النظم العسكرية تظل مقيدة بالإطمار العام لحقوق المواطنين وحرياتهم.

فإن هي اجتاحتها؛ أو هددتها بصورة خطيرة، كان ذلك منها علوا على السلطة المدنية التي يفترض خضوعها لها، مجاوزا كذلك حكم الضرورة التي تكفل لهذه النظم طبيعتها الاستثنائية التي تخرج بها بصفة جزئية من إطار قواعد القانون العام، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يبنينا من أهدافها ضمانها للحد الأدنى من حقوق المواطنين حتى في مواجهة النظم العسكرية؛ وبما لا يخل بضرورة رد المخاطر المتعاظمة التي تتعرض لها الجيوش في مناطق التوتر ويؤر الصراع.

وهي مخاطر تتباين في شدتها؛ ويتعذر دفعها إذا تهاون الجند في واجباتهم أو أداروا ظهورهم لها، نكولا عنها، أو تهربا منها. ومن ثم كان الحزم والمبادأة بقوة الردع قرين النظم العسكرية، ومن سماتها الرئيسية.

وصح القول بالتالي بأن للنظم العسكرية خصائصها التي لا تقوم على افتراض استصحابها للحقوق المدنية بكامل عناصرها، وأن احتياجاتها وضرورتها ينبغي أخذها في الاعتبار، فلا تسقطها السلطة القضائية من حسابها؛ وأن تطبيق شرط الوسائل القانونية السليمة في هذه النظم، لا يجوز أن يكون صارماً؛ ولا محدداً وفق قواعد جامدة لا تريم تلك النظم عنها، أو تنحصر فيها، أو تغلق عليها.



وإنما يكون إعمال هذا الشرط مرنا كافلا حدا أدنى من الحقوق التى لا يتصور أن تتجرد المواثيق الدولية والوطنية منها، لتفرض هذه الحقوق نفسها على الأخص فى إطار العدالة الجنائية التى لا يجوز أن تختل مقوماتها الرئيسية تبعا لطبيعة النظم التى تقيمها، وعلى الأقل فى مجال عرض الاتهام الجنائى والفصل فيه بطريقة منصفة لا عوج فيها Fundamental fairness.

وإذ كان من المقرر أن للنظم العسكرية احتياجاتها التى تتباين درجة شدتها على ضوء الأوضاع التى تحيط بزمَن طروئها؛ وفى إطار نوع الضغوط التى تفرض نفسها على القائمين على تطبيقها؛ فإن قدر ضماناتها للحقوق المدنية التى يطلبها المخطأون بها، يكون كذلك متفاوتا. ذلك أن هذه النظم تكفل فعاليتها من خلال مرونتها. وما تتقيد به من الحقوق، إنما يتحدد مداه على ضوء الأوضاع التى تقارن تطبيقها.

ويتدرج حدة الضغوط التى تواجهها، بزيادة لتتسع التدابير التى تقابلها، وتتحرك -على الأقل فى بعض جوانبها- من قيود القانون العلم، وبما لا يخل بضماناته الجوهرية، وأهمها أن النظم جميعها -رأيا كان نوعها أو مصدرها فى نصوص الدستور التى تؤسسها- لا يجوز أن تفصل فى اتهام جنائى مطروح عليها، فى غير إطار النظام الاختصاصى للعدالة الجنائية.

بما مؤداه ضرورة أن يحاط المتهم بحقيقة الاتهام، وبالعناصر التى يقوم عليها، وبالقرائن التى تؤيده؛ وأن يكون الفصل فيه من قبل هيئة قضائية لها من استقلالها وحيدتها ما يؤكد نزاهتها وانصرافها عن الأهواء ورغائياها؛ ومن القواعد القانونية الإجرائية والموضوعية التى تطبقها، ما يدل على إنصافها؛ ومن الحقوق التى تكفلها للدفاع ما يرجح موضوعيتها ويعزز فعاليتها؛ ومن الحق فى مواجهة التهمة وإثباتها، ما يعادل فى إطار الخصومة الجنائية بين مراكز أطرافها؛ ومن الحق فى الطعن فى الحكم القضائى ولو صدر من محكمة عسكرية - أمام المحكمة الأعلى فى النظم المدنية، ما يقطع بطل هذه النظم عليها وخضوعها لسلطانها.

يؤيد ما تقدم أن حقائق العدل لا يتصور أن تتبدل فيما بين النظم القانونية المختلفة تبعا لطبيعة كل منها.

إذ ليس للعدل غير مفاهيم موحدة تفرض نفسها على كافة النظم القانونية لئلا كان محتواها. وتحريفها أو إسقاطها ليس فقط مجرد وهم لا يجوز تصوره، وإنما هو كذلك إساءة لاستعمال السلطة بما يخرجها عن مشروعيتها.

### للمبحث التاسع التطبيق العملي للنظم العسكرية

٦٢٣- وما نراه في كثير من القضايا التي تواجهها المحاكم العسكرية، أن أخطاء جوهريّة تشوبها تضر بمركز المتهمين أمامها؛ وتكاد أن تحيل حقوقهم قبلها إلى الضياع.

ومرد ذلك إلى انصرافها أحيانا عن تطبيق القواعد الأمرّة التي ألزمها المشرع بها؛ وإلى خروجها دوماً على القيم التي احتضنها الدستور، وهي قيم يستحيل حصرها في قائمة واحدة تحيط بها بالنظر إلى تطور هذه القيم في مفاهيمها، وتضارب خطاها على ضوء الأوضاع المتغيرة في الجماعة.

فلا تكون هذه القيم في تطورها وتبدلها، غير ضمان لصمود الدستور عبر أجيال متعاقبة يلاحق بعضها البعض، ولكل منها مطالبها وآمالها، بما يحتم تفسير الدستور على ضوء القيم القائمة حتى يظل الدستور حياً فلا ينكسر.

ومن ثم تعامل القيم التي فرضتها الجماعة إطاراً للشرعية الدستورية، بوصفها القاعدة الأعلى التي لا تفصل حقوق المتهمين عنها، والتي تعمق روافدها النظم القانونية جميعها -أياً كان موضوعها- فلا تتحول عنها.

إذ هي معايير الجماعة التي تضبط بها هذه النظم وتردها إليها. ولا يجوز بالتالي أن تنتزع أية سلطة لنفسها مفاهيم تتبدعها، وتقرر تعلقها بها دون غيرها، لتحدد على ضوءها ما نراه صواباً أو خطأ.

إذ ينافس ذلك ما بين النظم القانونية من ترابط، ويحقق انغزالها، فلا تتكامل فيما بينها، وإنما تستقل عن بعضها البعض -ليس فقط في جزئياتها، وإنما كذلك في القيم الرئيسية التي تظلمها، لنبدو جميعها وكأنها نتاج مفاهيم أيولوجية مختلفة في بلدان متعددة بما يؤكد تفارقها لاتفاقها، وعلى الأكل في العريض من خطوطها<sup>(١)</sup>.

(١) هـيس السلطة العسكرية وسائل قانونية تخصها وتنفرد بها. Military due process، وإنما تطو هذه الوسائل عليها وتكون قيّداً عليها Due Process of the Military  
Bassiouni, Grimial law and its due processes. 1974, P.P.578-579.

٦٢٤- ويزيد الأمر سوءاً:

١. أن قضاة المحاكم العسكرية قلما يعيرون أذنتهم للماتين أمامهم من المتهمين. فلا يمنحونهم وقتاً كافياً لتحضير دفاعهم؛ وقد يرفضون طلبهم لشهود بتهمة عنهم، أو لا يوفرون لهم فرص الاتصال بمحامهم. وكثيراً ما يلقون الفرع في نفوسهم من خلال شدتهم، أو عن طريق إجراءاتهم المختصرة التي لا يطمئن المتهم معها إلى مصيره.

٢. أن تعيين هؤلاء القضاة والمدعون العامون، وكذلك ترفيقاتهم ومكافأاتهم، بيد قائدتهم الذين يطونهم. فلا يسلمون من الخضوع لتعليماتهم، وعلى الأخص لأن لقائهم الحق في مراجعة أحكامهم واعتمادها أو تبديلها وفق تقديرهم. وقد يبطلونها إذا تبين لهم مناقضتها للسياسة النظامية التي يريدون تطبيقها في وحداتهم. فلا يكون تدخلهم في القضايا -ولو بطريق غير مباشر- إلا واقعا لا يحدض -وإن لم يكن مشهودا- يزيد من قسوته أمران :

أولهما: أن حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المشروع Habeas Corpus بعد أن يستنفذ طرق الطعن القضائية، غير مسلم به في مصر؛ وإن تقرر في كثير من الدول التي تراه امتيازاً لكل فرد لودع -بالمخالفة للدستور أو للقانون- في مكان يقيد من حريته الشخصية، وعلى الأخص من خلال إجراء القبض أو الاعتقال.

وهي ضمانته ينازع بها في احتجازه غير المشروع، ولا يجوز وقفها إلا في أحوال استثنائية مناطقها العصيان والغزو. وغايتها أن تكفل للحرية الشخصية أفضل صور الحماية في مواجهة المخاطر التي تهددها. وصار هذا الامتياز بالتالي قرين الحرية أو مدخلها، يمزجها ويقويها، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي ينفيها أن يدان الشخص من محكمة تناقض إجراءاتها للدستور؛ أو تخرج القوانين التي طبقتها على قواعده؛ أو يبطل حكمها بناء على وجه آخر. كإنكارها حق الشخص في الحصول على مشورة محام، أو الحكم عليه أكثر من مرة من الجريمة ذاتها.

ويتوخى هذا الامتياز في المجال الجنائي إنكار ولاية المحكمة أو سلطتها في الفصل في الاتهام. ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على خطأ أو صحة حكمها؛ ولا على عدم كفاية الأدلة التي قام عليها هذا الحكم.

ويفترض تطبيق هذا الامتياز في الدول الفيدرالية توافر شرطين:

أ. أن يكون احتجاز الشخص في الولاية أو تقييد حريته على وجه آخر، منطوقاً على إخلال بالحقوق الأساسية التي كفلها الدستور الفيدرالي، أو للقوانين الفيدرالية لكل شخص.

ب. أن يكون احتجاج الشخص به تالياً لاستفاده لطرق الطعن التي حددتها الولاية للفصل فيما إذا كان تقييد حريته جائزاً قانوناً أم غير جائز.

ويفترض استفادة لهذه الطرق، وجودها وملائمتها، حتى لا يكون ولوجها مجرد انزلاق في رمال غائرة لا نجاة منها، ولا أمل معها. ولا كذلك أن يكون قد تخلى طواعية عن القواعد الإجرائية المعمول بها في الولاية، أو تعمد تجنبها، حتى لا يحصل على الفرضية التي كفلتها عن احتجازه غير المشروع. وكلما كان احتجاز الشخص في الولاية بناءً على أمر صدر من سلطة فيدرالية، فإن استفادة لطرق الطعن في الولاية كشرط لإطلاق سراحه، لا يكون لازماً.

ثانيهما: أن الضباط الذين تشكل منهم المحاكم العسكرية، والمحامين العامين لديها، كثيراً ما يكونون غير مجازين في الحقوق، بما يعجزهم عن تفهم ما يكون من الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى الجنائية، أو ثانوياً غير مؤثر في محصلتها النهائية؛ وكذلك ما يكون من الأدلة مقبولاً أو غير جائز القبول؛ متعلقاً بالدعوى الجنائية، أو غير منتج فيها.

وقد لا يرهفون سمعهم لحقوق المتهمين المائتين أمامهم فسي المرحلة السابقة على محاكمتهم Pre - trial proceedings، ولو كان إغفالها قد أثر بصورة جدية في مركز المتهم.

ويعولون على الأقوال التي يدلي بها، ولو في مرحلة التحفظ عليه، رغم ما يشوبها من ضغوط قد ينهار معها، فيدلي بأقوال أكره نفسياً عليها، وقد لا تنبئه سلطة التحقيق إلى حقه في أن يظل صامتاً؛ وأن يستعين بمحام؛ وأن ما يقربه أمامها قد يؤخذ عليه.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها، وإن تحقق الحصول عليها في محاكم القانون العلم، إلا أن التسليم بها في المحاكم العسكرية التي يفزع المتهم أمامها، ولا يطمئن معها إلى مصيره، أكثر وجوباً، ولو طلبها وأصر عليها عسكريون قبل أن يصدر في شأنهم قرار اتهام.

ذلك أن إنكار تلك الحقوق لو إرجاها حتى يصدر هذا القرار، مؤداه أن يظل المتهم بغير دفاع ينبيهه إلى خطورة الأقوال التي يدلي بها في هذه المرحلة، وإلى أثرها على مركزه بما يعرض موقفه للخطر الجسيم.

٣. ولا تزال قائمة محاولة التقريب بين النظم العسكرية والمدنية في مجال الحقوق التي كفلها للمتهمين أمامها، أو الذين تقوم لديها شبهة ارتكابهم لجريمة.

إلا أن أكثر ما يعرض هذه الحقوق للتهديد في النظم العسكرية، هو التدرج الرئاسي بين سلطاتها التي لا تعنيها حقائق العدل أكثر من اهتمامها بالأوضاع العسكرية في صرامتها وتقاليدها وأعرافها.

ويمعياها كذلك أن القائمين بالأعمال القضائية فيها، أو بالأعمال الشبيهة بها، كلما يكونون مؤهلين قانوناً، ولا يستوعبون غالباً حتى القواعد القانونية التي تطبقها هذه النظم<sup>(١)</sup>.

The greatest weakness of the system remains that it is administered by the military hierarchy which is often more interested in the rules of military tradition and custom than in justice, in addition to being seldom trained at law and often unfamiliar with the military law itself.

٤. ويلزم دائماً لجواز القبض على العسكريين وتفتيشهم إذا أحاطتهم شبهة ارتكابهم لجريمة، أن يكون هذا الإجراء محمولاً على أسبابه التي تكون صحتها أكثر احتمالاً Probable cause، ولن يكون كذلك معقولا.

وهو ما يتحقق إذا ما تم بناء على إذن موافق للقانون؛ أو على أشياء تد حيازتها على ذاتها - جريمة معاقبة عليها؛ أو على أشياء أخرى بموافقة مالكها؛ أو لها صلة بأدلة الجريمة التي يخشى طمسها أو إتلافها.

وينبغي أن يلاحظ دوماً، أن للنظم العسكرية بيئتها التي لا يلائمها أحياناً التطبيق الجليد أو الكامل للقواعد الإجرائية التي تلتزمها محاكم القانون العام فيما تفصل فيه من الجرائم.

وقد تخرج عليها المحاكم العسكرية بصورة جزئية تخففاً منها؛ وإن تعين أن يكون جرمها موافقاً للوسائل القانونية السلمية في عموم متطلباتها.

وظل ثابتاً بالتالي أن تقدر الضباط لجنودهم وقواً على أحوالهم، وقدر انضباطهم، ودرجة تأهلهم للقتال؛ لا يقل شأناً عن تفتيش أماكن إقامتهم في نكتاتهم.

(١) انظر في ذلك الدكتور شريف بمبوني ص ٥٩٠ من مؤلفه السابق الإشارة إليه. هذا وتنص المواد ٥٩٠٥٧، ٥٥٠، ٥٤٤ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن يصدر بتعيين القضاة العسكريين قر من وزير الحربية؛ ويكونون جميعهم من الضباط، ويخضعون لكافة الأنظمة المنصوص عليها في قوانين الخدمة العسكرية؛ ويكون تعيينهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، ولا يجوز نقلهم إلى مناصب أخرى إلا للضرورة العسكرية. وهو ما يعني خضوع هؤلاء القضاة خضوعاً كاملاً لأوامرهم.

ذلك أن القائمين بتفتيشها، لا يدخلونها انتهاكا من جانبهم لخصوصيتها، وإنما توقيها لإيداع أشياء ممنوعة فيها.

بل إن من الفقهاء من يقول بأن الذين ينخرطون في القوات المسلحة، ويعتبرون من أفرادها، يجردون أنفسهم ضمنا من الحق في حماية حرمة خواص حياتهم بقدر تعلقها بالأماكن التي يقومون فيها داخل نكثاتهم<sup>(١)</sup>.

ذلك أن النظم العسكرية -التي تغاير المجتمع المدني في تكوينه واحتياجاته واحتياجاتها- تعيش واقعها؛ فلا تنفصل متطلباتها عن الضغوط التي ترزح تحتها.

ويجب بالتالي أن يحاط القبض والتفتيش بقدر كبير من المرونة التي يندرج تحتها، اعتماد السلطة العسكرية التي تجريه على تحرياتها الجدية، ولو جاءت بعض عناصرها من مصادر تريد إخفاءها، على أن تكون هذه المصادر موثوقا بها. وهي تكون كذلك -على الأخص- إذا أبدتها هذه السلطة بمعلوماتها الشخصية؛ أو إذا كان الأشخاص الذين أبلغوها عن الجريمة، أو قدموا إليها بياناتهم عنها؛ قد وقعوا إقرارا منهم بذلك.

وتباشر هذه السلطة تحرياتها تلك، أخذة في اعتبارها طبيعة وخطورة الجريمة التي تم الإبلاغ عنها. إذ يتعين أن يكون لتحرياتها عمقا أكبر في الجرائم الأكثر خطرا. ودون ذلك فإن أمرها بإجراء القبض أو التفتيش، لا يعتبر محمولا على أسبابه الراجعة لصحتها.

(١) R.D. Hamel, Military search and seizure. 39 Military law Review, 43 (1968).

### المبحث العاشر

#### الجرائم العسكرية - ماهيتها

٦٢٥- لا تتحدد طبيعة الجريمة على ضوء موقعها من القانون الذي أدرجها في صلبه، كالقول بأن قانون العقوبات وغيره من القوانين التي تكمل أحكامه، إطارا لجرائم القانون العام؛ وأن النظم العسكرية وعاء الجرائم التي تضمنها تشريعاتها.

فذلك كله نظر لا يتعمق حقائق الأشياء، وإنما يتطرق بأهدابها الشكلية.

شأن وجهة النظر هذه، شأن الذين يأخذون بمعيار شكلي في تحديد اختصاص محاكم مجلس الدولة، فيستبرون كل قرار صدر عن السلطة التنفيذية -بأمرها المختلفة- قرارا إداريا، ولو كان هذا القرار متضمنا قواعد قانونية مجردة تماثل القوانين في انتقاء تخصيصها بواقعة بذاتها تتعلق بها، لو بأشخاص عيّنهم المشرع بصفاتهم لا بذواتهم.

والطبيعة الشكلية لهذا المعيار، لا ترمي أن تتحدد طبيعة الجريمة -لا بالنظر إلى مضمونها؛ ولا على ضوء الأغراض التي يستهدفها الجزاء عليها- وإنما من منظور شكل القانون الذي احتواها. فإن كان قانونا مدنيا، كانت الجريمة من جرائم القانون العام، وإلا تعين إلحاقها بالجرائم العسكرية إذا أدخلها قانون يخص النظم العسكرية في إطاره.

٦٢٦- كذلك لا تتحدد طبيعة الجريمة بالنظر إلى أشخاص من يرتكبوها. ذلك أن الجرائم جميعها لا تتحدد أوصافها إلا على ضوء حقيقة ماهيتها. وأوصافها هذه هي التي تحدد الاختصاص القضائي بنظرها بغض النظر عن صفة مرتكبوها. وآية ذلك أن جريمة قتل الرجال لأزواجهم، تنظر من جرائم القانون العام، ولو كان مرتكبها من الضالعين أصلا للنظم العسكرية.

ولا يبقى بعد هذا إلا أن يكون معيار تحديد طبيعة الجريمة، موضوعا ينظر إلى الجريمة في مكوناتها؛ وإلى الأغراض التي يتوخاها الجزاء عليها؛ ونوع المصالح التي تمسها، وما إذا كان إخلال الجريمة بها مباشرا أو عرضيا.

فالقتل جريمة من جرائم القانون العام بالنظر إلى أن تأثيم المشرع لها، لا يخص نفرا من المواطنين دون مواهم. وإنما يشملهم جميعا في كافة مواقعهم، وعلى تبليغ وظائفهم، أو الأعمال التي يتولونها. وهم بذلك سواء في التقيد بالنصوص العقابية التي تمنعهم من إتيانها، لا يميزون في ذلك عن بعضهم البعض.

ومن ثم كان القتل من جرائم القانون العام التي تفصل فيها محاكم هذا القانون دون غيرها بوصفها قاضيتها الطبيعي. ولا كذلك أن يكون للجريمة خصائص قائمة بذاتها لها من خطورتها ومن مساسها المباشر بالنظم العسكرية ومتطلباتها؛ ما يسوغ إلحاقها بالجرائم العسكرية، وإلخالها في زمرتها، إذا ارتكبتها أشخاص يخضعون لهذه للنظم، ويعتبرون مشمولين بها.

وبزيد الأمر سوءاً، أنه وإن كان الأصل في الجريمة العسكرية، أن يرتكبها عسكريون، إلا أن النظم العسكرية قد تدرج في إطار المشمولين بأحكامها أفراداً ليس لهم صلة بالقوات المسلحة، ولا يعتبرون منخرطين في صفوفها. بما يناقض حقيقة أن العسكريين هم الذين يرتبطون بالقوات المسلحة برابطة أصيلة، لا عرضية، تجعلهم من عناصرها، ولو كانوا في إجازة تكتمل بانتهائها مدة خدمتهم فيها Terminal leave.

و إذ يعتبرون حتى في هذه الحالة، من أفرادها الذين تشملهم نظمها<sup>١</sup> بما في ذلك مسئوليتهم عن الجرائم التي يرتكبونها قبل انقطاع صلتهم بها.

ولا يجوز لمحاكمة عسكرية بالتالي، أن تباشر ولايتها في شأن شخص لم يعد من الخاضعين لها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبها تدخل في اختصاصها بالنظر إلى مادة الأفعال التي تكونها. ولا اختصاص لهذه المحاكم بالتالي، بالفصل في جرائم ارتكبها أشخاص بعد انتهاء خدمتهم في القوات المسلحة؛ ولا جلبهم إليها عن جرائم أتوا خلال فترة التحاقهم بها، إذا كان انتراجهم في صفوفها مخالفاً للقانون. كما لو كانوا من القصر الذين لا يجوز قبولهم في القوات المسلحة. ذلك لأن ارتباطهم وحقها بها بعد دخولهم في خدمتها De facto، لا ينال من كونهم خاضعين لولاية آبائهم أو لوصيائهم.

ولهؤلاء هؤلاء، أن يعارضوا بقاءهم في القوات المسلحة، وأن يمنعوا محاكمها من أن تمد يدها إلى أبنائهم أو إلى المشمولين بوصايتهم.

وتثور صعوبة كبيرة في شأن الأشخاص الذين وإن ارتكبوا جريمتهم أثناء عملهم في القوات المسلحة، إلا أنهم بارحوها قبل أن يحاكموا عنها.

(<sup>١</sup>) Hironimus v. Durant, 168 F2d. (1948) 335 U.S. 318. See also George Washington Review 142 (1947).



والرجوع إلى القوانين الوطنية، يدل على تباين مواقفها في هذا الصدد. فمنها ما يجيز محاكمتهم عن الجرائم السابقة على خروجهم من القوات المسلحة، بشرط أن يكون لها من أهميتها وخطورتها ما يبرر جلبهم إلى المحكمة العسكرية للفصل فيها؛ ومنها ما يطلق الحق في محاكمتهم عن هذه الجرائم بغض النظر عن نوعها أو درجة جسامتها. وهو الحل الذي أخذ به قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦؛ وذلك بما نص عليه في المادة ٩ من أن يبقى العسكريون والملحقون بهم، خاضعين لأحكام هذا القانون، ولو خرجوا من الخدمة، إذا كانت جرائمهم وقت وقوعها مشمولة بأحكامه.

٦٢٧- ولا نميل إلى أحد هذين الاتجاهين، ونراهما قائمين على معايير غير موضوعية، ومستندين إلى التحكم ولا تحملهما غير إرادة السلطة التشريعية من خلال تبنيها موافقا تراه أكثر ملاءمة، وإن لم يكن بالضرورة قائما على صلة وثقى بين الطول التي اختارتها، وضوابطها المنطقية.

وأكثر واقعية من هذين الاتجاهين، أن نقرر جواز ملاحقة المتهمين عن جرائمهم التي ارتكبوها أثناء خدمتهم بالقوات المسلحة، ولو بعد انقطاع صلتهم بها، إذا كان التحقيق معهم فيها، قد بدأ قبل انتهاء خدمتهم. إذ يعتبر بدء التحقيق في جرائمهم التي أتوا أثناء عملهم بالقوات المسلحة، إجراء يربطهم بها، حتى بعد خروجهم من خدمتها. وتقوم بالتالي من خلال هذا التحقيق، صلة كافية تبرر تكليفهم بالمثل أمام المحكمة العسكرية لمحاسبتهم عن هذه الجرائم، ولو لم يكن ذلك التحقيق قد اكتمل. ذلك أن الأصل في ولاية المحاكم العسكرية، أنها استثناء من أصل خضوع المواطنين جميعهم لمحاكم القانون العام، بضماناتها الإجرائية والعملية.

ويتعين بالتالي أن يخصص هذا الاستثناء في حدود ضيقة لا يندرج تحتها أن يقدم أعضاء سابقون في القوات المسلحة، إلى محكمة عسكرية، عن جرائم لم يتخذ إجراء فيها قبل تركهم لها.

### المبحث الحادي عشر

#### العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية

٦٢٨- وقد تتخذ القوات المسلحة الوطنية بعض مواقعها في دولة أجنبية. وتُؤذن للعاملين من أفرادها في هذه القواعد الأجنبية، بأن يستصحبوا زوجاتهم وأولادهم معهم ليقوموا فيها، وعلى الأخص إذا كانت هذه القواعد دائمة بمقتضى معاهدة دولية طويلة الأجل.

ومن ثم تكون عائلاتهم هذه -بكل أفرادها- من المدنيين الذين لا تجوز محاكمتهم أمام السلطة العسكرية الأجنبية عن جرائمهم التي ارتكبوها في تلك القواعد؛ ولا أمام محاكمهم الوطنية لوقوع الجريمة فيما وراء النطاق الإقليمي لولايتها؛ وإن جاز تسليمهم -وبوصفهم من المدنيين- إلى محاكم القانون العام في الدولة الأجنبية بناء على طلبها، وإن كان هذا الاحتمال ضئيلاً.

٦٢٩- وقد تتخلى الحكومة الوطنية عن جزء من سيادتها في المعاهدة الدولية التي تنظم أوضاع قواتها المسلحة التي تعمل في قواعد أجنبية؛ وذلك بأن تخضعهم عن الجرائم التي يرتكبونها فيها، لولاية المحاكم العسكرية للدولة التي تستضيفهم في إقليمها. ولئن قيل بأن النزول عن بعض مظاهر السيادة الوطنية، يكون مجعفاً بحقوق أفراد القوات المسلحة الذين يعملون في تلك القواعد، بالنظر إلى احتمال التهمين من حقوقهم أمام المحاكم العسكرية الأجنبية التي يقدمون إليها عن جرائمهم تلك؛ إلا أن كثيرين يرون أن احتمال محاكمتهم على وجه يناقض الوسائل القانونية السليمة في عناصر إنصافها، يعتبر نتيجة عرضية ناجمة بالضرورة عن عملهم في هذه القواعد. وهي نتيجة يفترض قبولهم لها ورضاها ضمنياً بها<sup>(١)</sup>. وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن الحق في محاكم منصفة حق أصيل يأخذ برقاب النظم القانونية جميعها -في مستوياتها المختلفة، وأيا كان مكان تطبيقها- لويحيط بكل جوانبها.

(١) Wilson v. Girard, 354 U.S. 524 (1957).

### المبحث الثاني عشر

#### صور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية

٦٣٠- وإذا كان الأصل في الجرائم بوجه عام، أن يكون تحديدها بالنظر إلى خصائصها، فلا يخرجها المشرع عن طبيعتها ليجرها إلى نظم استثنائية لا شأن لها بها.

إلا أن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لم يأبه لهذا الاعتبار، إذ أفرط في تحديد الجرائم التي شملها بأحكامه فأدخل تحتها -وبنص المادة ١٦٧ من هذا القانون- جرائم القانون العام، إذا كان من ارتكبتها من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية. وهو نظر سقيم، وذلك لأمرين:

أولهما : أن خصائص الجريمة أو طبيعتها، هي التي تحدد جهة الاختصاص القضائي بنظرها أيًا كان مرتكبها.

ثانيهما : أن النظم الاستثنائية التي تخرج عن قواعد القانون العام دون مقتض، تفرض على حقوق الأفراد وحرياتهم قيوداً خطيرة لا يجوز القبول بها، لأنها تحور ضماناتها، سواء من خلال إهدارها أو انتقاصها من أطرافها.

٦٣١- واستقرأ قانون الأحكام العسكرية، يدل على توجهه إلى مجاوزة الدائرة التي كان ينبغي أن يعمل فيها. ويظهر ذلك على الأخص في مجال تطبيق نص المادة ٦ من هذا القانون التي تخول فقرتها الأولى رئيس الجمهورية -ولو في غير أحوال الخطر العام- أن يحيل جرائم أمن الدولة جميعها إلى المحاكم العسكرية التي نص عليها هذا القانون، ولو ارتكبتها مدنيون.

ثم تأتي الفقرة الثانية من هذه المادة ذاتها، لتخول رئيس الجمهورية أن يحيل أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، إلى هذه المحاكم، لتخرج الجرائم المنصوص عليها في هاتين الفقرتين -جميعها من جرائم القانون العام- من الاختصاص المطلق لقاضيتها الطبيعي، لتشملها نظم استثنائية في القواعد التي تحتويها، وفي نوع المحاكم التي تطبقها.

ولئن فوض الدستور المشرع في تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتها؛ إلا أن نقل بعض مظاهر الاختصاص القضائي من الجهة التي تتولاها أصلاً، يفترض أن يكون هذا

الإجراء واقعاً بصورة استثنائية؛ وفي حدود ضيقة؛ ولأعذار تقتضيها المصلحة العامة فى أوثق روابطها وأعلى درجاتها؛ وتقرضها للضرورة فى أعقـق متطلباتها.

وهو ما لا يتوافر فى نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، التى يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، جرائم القانون العام، على ضوء تقديره لخطورة ما يحيله منها. ذلك أن هذا التقدير لا توجهه ضوابط موضوعية تفرض نفسها على رئيس الجمهورية ليتخذ على ضوءها قراره بإحالة هذه الجرائم إلى المحاكم العسكرية التى لا تختص أصلاً بها.

فلا يكون نص المادة ٦ المشار إليه إلا مخالفاً للـمستور، ولو أحاط رئيس الجمهورية بتطبيقها بأفضل النوايا. ذلك أن جرائم القانون العام لها ضماناتها، ودائرة منطقية لتطبيقها لا يجوز الإخلال بها.

ونظما برمتها أو فى أغلبها إلى المحاكم العسكرية، يخرجها من دائرة تطبيقها إلى دائرة مختلفة لا يجوز أن سمعها، ولا يفترض أن ترتبط بها؛ ويخضعها بالتالى فى غير ضرورة ملحة- لنظم استثنائية فى طبيعتها وخصائصها.

٦٣٢- وما قرئناه فى شأن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، يصدق كذلك على نص المادة ٨ من هذا القانون التى تعاقب بمقتضى أحكامه، كل شخص من الخاضعين لهذا القانون، أتى فى الخارج - سواء باعتباره فاعلاً أو شريكاً- عملاً يعد جنابة أو جنحة تدخل فى اختصاص المحاكم العسكرية، ولو لم يكن معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه. فإذا كان معاقباً عليه فيه، جاز محاكمته مرة ثانية أمام هذه المحاكم عن الجريمة ذاتها، على أن تراعى مدة العقوبة التى يكون قد أمضاها.

#### وهذه المادة معيبة من وجهين:

أولهما: سريانها على كل شخص من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية، ولو لم تتوافر فيه الصفة العسكرية -كطلبة المعاهد والكليات العسكرية- واكتفاؤها فى تطبيق حكمها بأن تكون الجريمة التى أتاها فى الخارج - يكامل أجزائها- جنابة أو جنحة تدخل فى اختصاص المحاكم العسكرية، سواء كان مرتكبها فاعلاً أم شريكاً، وطنياً أم أجنبياً، بل ولو كان مرتكبها مدنياً، وكانت الجريمة التى ارتكبها بتمامها فى الخارج، من جرائم القانون العام.

ثانيهما: تجويزها أن يقدم الشخص إلى المحكمة العسكرية ذات الاختصاص، حتى تجازيه مرة ثانية عن ذات الجريمة التى حوكم عنها فى الدولة التى ارتكبها فيها، ولو كان قد

نُفذ عقوبتها بكاملها، أو كان مقدّر عقوبتها في قانون الدولة الأجنبية، أشد من العقوبة المقررة لها في قانون الأحكام العسكرية. فإن كانت أقل، تستزل مدتها من العقوبة الجديدة.

وفي ذلك مخالفة للدستور، ذلك أن الشخص لا يحاكم أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، وإلا كان ذلك عدواناً خطيراً على الحرية الشخصية، ينال منها بغير الوسائل القانونية السليمة.

٦٣٣- وإذا كان من المقرر قانوناً، ألا تطبق أحكام قانون العقوبات -وباعتباره للقانون العام- فيما ورد به نص خاص في قانون الأحكام العسكرية، فإن كل جريمة نص عليها هذا القانون، تعتبر معاقبة عليها بالعقوبة التي حددها لها، ولو كان قانون العقوبات يقرر في شأن الجريمة عينا جزاء أقل.

ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٣ من قانون الأحكام العسكرية، من معاقبة من يسرق من العسكريين نقوداً من زميله بالأشغال الشاقة المؤبدة أو بجزاء أقل منها منصوص عليه في هذا القانون. وهي عقوبة تزيد وطأتها بكثير على عقوبة الجثة المقررة عن هذه الجريمة ذاتها في قانون العقوبات.

٦٣٤- ويبدو غريباً كذلك نص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية التي تعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بالعقوبات المقررة للجريمة الأصلية، إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

وتشديد العقوبة على هذا النحو، وإن توخى تحقيق الردع العام -على ما جاء بالملحوظة الإيضاحية لهذا القانون- إلا أن تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة في كافة الجرائم المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية، يناقض الأصل المقرر في المادتين ٤٦، ٤٧ من قانون العقوبات التي تقرر للشروع في الجنائية عقوبة أقل من العقوبة المقررة أصلاً للجريمة التامة، وتنص ثانيتهما على أن يحدد المشرع الجنب التي يعاقب على الشروع فيها. وكذلك عقوبة هذا الشروع.

وليس مفهوماً بالتالي أن يكون البدء في تنفيذ فعل بقصد إثبات جنائية أو جنحة، مساوياً في أثره لجريمة تم ارتكابها.

ونص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية، استثناء من القواعد العامة في قانون العقوبات، فلا يجوز التوسع في تفسيره، ويتعين بالتالي أن يقتصر تطبيقها على الجرائم العسكرية بمعنى الكلمة، وأن تنقيد المساواة التي فرضتها، بين عقوبة الجريمة التامة والشروع

فيها، بالعقوبة الأصلية دون العقوبة التكميلية التي لا يجوز أصلاً توقيعها إذا وقف الفعل عند حد اللشروع.

٦٣٥- أن حائطا يتعين أن يفصل بين المدنيين والعسكريين، فلا يمتزجان بما يجعل المدنيين مشمولين في كل أحوالهم بالنظم العسكرية، ولو كانوا غير شركاء في جريمة عسكرية بطبيعتها.

ذلك أن المحاكم العسكرية، وإن جاز تشبيهها فيما تفصل فيه من الجرائم، بالمحاكم الجنائية؛ إلا أنها تغايرها في إجراءاتها وطبيعة القواعد التي تطبقها<sup>(١)</sup>. بما لا يوفر للمتهمين المائلين أمامها لحد الـ أننى من الحقوق التي تحول ضد إعانتهم. وهو ما يفصلها واقعا وقانونا عن محاكم القانون العام، وعلى الأخص بمراعاة ما يأتي:

أولاً: أن خطأ المحكمة العسكرية سواء في مجال تقريراتها الواقعية أو في إنزالها لحكم القانون عليها، لا يفتح به طريق الطعن على أحكامها؛ لا أمام المحكمة المدنية الأعلى في موقعها من التنظيم القضائي القائم؛ ولا أمام محكمة عسكرية أعلى من المحكمة التي صدر الحكم عنها.

ذلك أن نهائية أحكامها ترتبط بالتصديق عليها وفقا لأحكام المواد ٩٧ إلى ١٠١ من قانون الأحكام العسكرية التي تخول رئيس الجمهورية -وبوصفه قائدا أعلى لقواتها المسلحة- سلطة التصديق على الأحكام القضائية التي عينتها المادة ٩٨ من هذا القانون، والتي تنحصر في تلك الصادرة بعقوبة الإعدام أو بالطرد من الخدمة. وفيما عداها تكون سلطة التصديق من اختصاص من يفوضه من الضباط. وللضباط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق، أن يفوض غيره في ذلك. وهو ما يناقض القواعد المسلم بها في القانون العام التي لا تجيز التفويض في التفويض.

ثانياً: أن قانون الأحكام العسكرية، وإن خول رئيس الجمهورية سلطة التصديق على الأحكام القضائية الصادرة بالإعدام أو بالطرد من الخدمة؛ إلا أن هذا القانون أغفل بيان حدود هذه السلطة؛ ولكن ذلك القانون حدد نطاقها إذا كان المصدق من الضباط الذين فوضهم رئيس

(١) تنص المادة ٩٦ من قانون الأحكام العسكرية. على أن تطبق محاكم الميدان القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ولها عند الضرورة عدم التقيد بها مع عدم الإخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه طبقاً للقانون.

الجمهورية في ذلك، أو كان المصدق قد تلقى التفويض بذلك من الضابط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق.

إذ يجوز لهؤلاء وهؤلاء من الضباط، إيداع العقوبة المحكوم بها، أو تخفيفها بعقوبة أقل منها؛ أو إلغائها كلها أو بعضها؛ أو وقف تنفيذها كلها أو بعضها، أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى؛ أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى<sup>(١)</sup>.

ولئن خول هذا القانون الضابط المصدق، بأن يعدل -على النحو المتقدم- من العقوبة المقضى بها في الأحكام التي لا يدخل التصديق عليها في اختصاص رئيس الجمهورية؛ إلا أن الضابط المصدق لا يلتزم قانوناً بأن يورد أسبابها لتعديل العقوبة المحكوم بها، إلا إذا ألقى الحكم مع حفظ الدعوى، أو أمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى.

ثالثاً: ولما كان القائم بالتصديق، فإن هذه السلطة، يعينها أمران جوهريان:

أولهما: أن من يباشرها لا يتقيد بضوابط حددها المشرع سلفاً، مستهضاً بها رقابة حقيقية -لا تحكيمية- تباشرها سلطة التصديق على الأحكام التي تعرض عليها للتحقق من صحتها في قراراتها الواقعية وأسبابها القانونية. ولا تعتبر بالتالي سلطة التصديق، جهة طعن بمعنى الكلمة.

كذلك فإن توزيع سلطة التصديق بين رئيس الجمهورية والضابط المفوض فيها، يفترض أن يتقيد كل منها بنطاق ولايته التي حددها القانون.

بيد أن قانون الأحكام العسكرية نقض هذا الأصل بنص المادة ١٠١ التي تنص بأنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها تخرج عن سلطة الضابط المصدق؛ فعليه أن يرفعها إلى السلطة الأعلى المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون، ما لم يبدل الضابط المصدق العقوبة المحكوم بها بغيرها، أو يحذفها أو يخففها حتى تنحل في نطاق العقوبة التي يجوز أن يصدر عليها.

وهو ما نراه مخالفاً للدستور. ذلك أن قواعد الاختصاص لا يجوز توزيعها إلا بقانون. فإذا حل الضابط المصدق -قررو يصدره- محل رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق

<sup>(١)</sup> (بلا حظ أن سلطة إيداع العقوبة أو تخفيفها أو إلغائها أو وقف تنفيذها أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى، مخولة بصريح نص المادة ٩٩ من قانون الأحكام العسكرية للضابط المصدق. أما سلطة رئيس الجمهورية في التصديق المبينة في المادة ٩٨ من هذا القانون، مخولة لرئيس الجمهورية. وهو لا يعتبر ضابطاً مصدقاً).

التي يباشرها وفق القانون؛ كان ذلك عدواناً على ولاية شبيهة بالولاية القضائية، وإن لم تكن لها خصائصها.

فضلاً عن أن سلطة التصديق على الأحكام، تحور من بنائها. فإذا وزعها المشرع بين جهتين، تعين ألا يتداخل.

ثانيهما: أن سلطة التصديق وإن كان ينظر إليها بوصفها شبيهة بمحكمة الطعن، إلا أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها.

ذلك أن محكمة الطعن لا تبأشر وظيفتها في مراجعة الحكم المطعون فيه إلا على ضوء الأسس التي قام عليها وقانونا، لتقوم اعوجاجها إذا بان لها قصورها أو مخالفتها للقانون.

ولا كذلك سلطة التصديق التي لا تنقيد مباشرتها بضوابط يلتزم بها من يباشرها. وإنما هي سلطة تقديرية مطلقة يحل بها المصدق من العقوبة المقضى بها وفق هواء، لو وفق الأوامر التي تصدر إليه من السلطة الأعلى، فلا تكون إلا قيداً خطيراً على الحرية الشخصية.



### المبحث الثالث عشر

#### تقييم قانون الأحكام العسكرية

٦٣٦- ويظل قانون الأحكام العسكرية معيباً في صياغته، قاصراً عن ضبط معانيه، وربطها بما يكفل اتساقها وتوافق عناصرها. فلا تكتمل لها الوحدة العضوية المرجوة، ولا يتحقق ترتيبها فيما بينها وفق أسس علمية تقيم بنائها، وتوجهها لضمان الأغراض المقصودة منها.

ويحكم هذا القانون نظرة مبدئية قوامها علو النظم العسكرية على النظم المدنية، واستقلالها عنها في إجراءاتها، بما يخل بنطاق الحقوق الجوهرية التي تكفلها للخاصين لها.

بل إنها تجر إلى منطقة تطبيقها مدنيين يفترض خضوعهم لقواعد القانون العام<sup>(١)</sup> وتعرضهم على قضاة يعينهم القادة في وحداتهم، بما يؤكد تبعيتهم لهم ويذلل من استقلالهم، وبما يعزل المدنيين كذلك عن قضاتهم الطبيعيين الأحق بالفصل في جرائمهم.

٦٣٧- ويزيد الأمر تعقيداً في النظم العسكرية، أنها تخول سلطاتها القضائية أن تقرر بنفسها، وأن تتفرد وحدها، بتحديد ما يدخل أو لا يدخل في اختصاصها من الجرائم، وكأنها بذلك فوق الهيئات القضائية جميعها، بما فيها المحكمة الدستورية العليا التي اختصاصها قانونها - دون غيرها - بالفصل في كل تنازع على الاختصاص، إيجابياً كان هذا التنازع أم سلبياً<sup>(٢)</sup>.

وكان يتعين بالتالي أن تقوم محكمة مدنية أعلى بمراجعة أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لمجرد تقويم ما اعوج منها -سواء في مجال ولايتها بنظر الدعوى الجنائية، أو تقدير وقائعها وتطبيق حكم القانون عليها- وإنما لأن طرق الطعن في الأحكام -وعلى ما قرره المحكمة الدستورية العليا- لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية لتصويبها وبيان وجه الخطأ فيها،

(١) تنص المادة ٢٠ من مشروع دستور ١٩٥٤ الذي أعدته لجنة الخمسين على ما يأتي:

«لا يحاكم أحد إلا أمام القضاء العادي. وتخطر المحاكمة أمام محاكم خاصة أو استثنائية. ولا يحاكم مدني أمام المحاكم العسكرية» كذلك تنص المادة ١٨٤ من هذا المشروع على أن «ينظم قانون خاص المجالس العسكرية ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون قضاءها. ولا يكون لهذه المجالس اختصاص إلا في الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة».

(٢) ما نص عليه قانون الأحكام العسكرية من أن تفصل السلطات العسكرية وحدها -بما فيها النيابة العسكرية- فيما يدخل في اختصاصها أو لا يدخل، يدل على استخفاف العسكريين بالمدنيين وبالنظم التي يحكمهم

وإنما هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تنتاولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائداً أساساً إلى انفتاح هذه الطرق أو انغلاقها. وكذلك إلى التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية في مجال النفاذ إلى فرصها<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر، أن سلطة التصديق على الأحكام العسكرية ليس لها خصائص طرق الطعن القضائية، ولا هي تتخذ مسلكها، ولكنها تتمحض عن سلطة تقديرية مطلقة تعدل من العقوبة المحكوم بها -إيدالاً أو تخفيفاً أو إلغاء- أو نفيها، دون أن تنقيد في ذلك بقواعد قانونية حددها المشرع سلفاً لضبطها. خاصة وأن القائلين بالتصديق، يكونون غير مجازين في الحقوق غالباً، ولا يعنهم في الأحكام التي يصدقون عليها، وجه إخلالها بالحرية الشخصية التي لا يجوز إسدال خمار عليها لطمسها؛ ولا إيهانها من خلال انتهاكها بغير حق، وإنما يرتبط تصديقهم عليها بقدر تعبيرها عن السياسة التي يؤمنون بها، والتي يحرصون على تطبيقها في وحداتهم، ولو نقض هذا التطبيق، أوضاع للنظم القانونية القائمة ومتطلباتها.

وهو ما يحتم فتح طريق الطعن المدني في أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لضمان تعدد درجات التقاضي في جرائم خطيرة قد تصل عقوبتها إلى الإعدام، وإنما لأن المحاكم العسكرية تنقر في تكوينها إلى ضمانات استقلالها عن القادة الذين يعيّنون قضائياً، وإلى تجردها عن الانحياز لغير الحق، ما دام قضائياً -جميعهم من الضباط- تابعين عملاً لرؤسائهم، يتلقون تعليماتهم، ويتجنبون إغضابهم، ولو نص المشرع على استقلالهم.

هذا فضلاً عن سوء فهم المحاكم العسكرية لحقيقة النظم التي تباشر ولايتها في نطاقها. ذلك أن هذه المحاكم تنظر إلى سلطة الردع الكامنة في الجزاء الجنائي، وكأنها غاية نهائية لا يجوز أن تتحول عنها، لتحدد على ضوءها خطاها.

وكثيراً ما حملها هذا الاعتبار على ألا تعطى الدعوى الجنائية التي تنصل فيها، حقها من الأناة حتى تحيط بها عن بصر وبصيرة، ولو أضر ذلك بحقوق المائلين لها، ليس فقط فيما يتعلق بالمعانة الفعالة التي يتوقعونها من محاميهم، ولكن كذلك في المرحلة السابقة عليها التي كثيراً ما تؤثر بدرجة خطيرة في مراكز المتهمين إذا ما حجبوا عن محامين يقدمون لهم يد العون في مرحلة حرجة يكونون خلالها وراء جدران مظقة.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٨/٥ قاعدة رقم ٧ ص ١٢٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وحتى أثناء سير الدعوى الجنائية، فإن النظر إلى سلطة الردع بوصفها محورا لها، مؤداه انتدفاع الفصل فيها في غير تمهل واختصار إجراءاتها واختزالها، بما يفقدها ضماناتها، ويحول الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبسر يناقض محاكمتهم بطريقة منصفة ينالها تسرع في إجراءاتها ينطلق بها في غير تبصر؛ أو بطل ملحوظ فيها يؤخرها دون مقتض، وعلى الأخص كلما كان هذا التأخير مقصودا أو جسيما. وإنما هي بين هذين الأمرين قول ليكون ضابطها الاعتدال. فلا تزيد مدة الفصل فيها أو نقل عما يعتبر حدا زمنيا معقولا لتقدير وقائعها؛ وفحص أوجه اللدفاع فيها؛ وإنزال حكم القانون عليها؛ وبمراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل في الاتهام الجنائي، تفترض، فلا يكون إثباتها مطلوبا<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر كذلك ما تنص عليه المادة ٦٨ من الدستور من وجوب الإسراع في الفصل في القضايا. ذلك أن إسراع الفصل فيها، وإن كان لا يفيد تعجيلها وإصدار حكم فيها قبل تحقيق عناصرها؛ إلا أن هذا الإسراع، لا يقتضي كذلك أن يكون الفصل فيها متراخيا دون مقتض، إذ يتعين أن يتوافر لكل خصومة قضائية نصيبها العادل من الاهتمام، دون تعريض أو إفراط.

وبك هي الفريضة التي لا تزال غائبة عن الجهات القضائية جميعها<sup>(٢)</sup>. وهي فريضة يقتضيها نص المادة ٦٨ من الدستور باعتباره قاعدة أمرة لا توجيهية، فلا يترخص أحد فيسي القبول بها أو إهدارها. والنظم القانونية جميعها بما في ذلك العسكرية منها، مخاطبة بهذه الفريضة. وعليها النزول عليها حتى يطمئن كل منهم على مصيره. فلا يتقرر هذا المصير بقضاء مندفع تهورا؛ ولا بقضاء متولن تخاذلا.

ولم يكن غريبا في إطار المفاهيم التي تقوم المحاكم العسكرية عليها، أن تقر محكمة النقض، أن نصوص قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، ليس فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا - اتفراد القضاء العسكري وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه؛ وأن ما تقرره المادة ٤٨ من هذا القانون من أن السلطة القضائية العسكرية وحدها، هي التي تحدد ما إذا كان الجرم داخلا في

(١) المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٩٨/٧/٧ - الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ في ١٩ فبراير ١٩٩٨.

(٢) لظر في ذلك بند ١٠ من ص ١٦ من مقامة الجزء الثامن من أحكام المحكمة للدستورية العليا خلال الفترة من أول يوليو ١٩٩٦ حتى آخر يونيو ١٩٩٨.

اختصاصها لم لا، يناقض ما تنص عليه المادة ١٦٥ من الدستور من أن تحديد اختصاص الهيئات القضائية لا يكون إلا بقانون<sup>(١)</sup>.

٦٣٨- على أن للنظم العسكرية في الدول كافة، تزداد صرامة تطبيقها في زمن الحرب التي تنطلق الجيوش خلالها للدفاع عن الوطن إزاء مخاطر حقيقية يهدد بها وجوده، فلا يكون ضبط تحركاتها، والسيطرة عليها، وفرض النظم الدقيقة على ضباطها وجنودها، إجراء منفصلا عن خطورة المهام التي تقوم عليها؛ ولا عن السلطة الكاملة التي ينبغي أن تكون لقادة الجيوش عليها؛ ولا عن ضرورة إلزامها بتنفيذ الأوامر التي يصدرونها لها بصلابة لا تقهر، وبطاعة عمياء لا تبصر، وعلى الأخص كلما كان عمل هذه الجيوش واقعا فيما وراء حدودها الإقليمية، أو مقتضيا تعاونها أو تحالفا مع جيوش أجنبية تعضدها وتشد أزرها، بما يعمق مسؤوليتها في إطار قواعد القانون الدولي العام التي تحكم الحروب التي تعلنها إحدى الدول أو تشنها. فلا تعتبر شئونها عملا داخليا، ولو جاوز رئيس الجمهورية سلطاته الدستورية في مجال إعلانها أو شنّها.

ذلك أن قيام حالتها The state of war يعتبر شأنا دوليا يقيد الوطن في نتائجه القانونية، سواء في الدول البسيطة، أو على صعيد الدول الفيدرالية التي تتعقد سلطة الحرب فيها وبالنظر إلى خطورة نتائجها وارتباطها بالمسؤولية الدولية للحكومة الفيدرالية دون غيرها لتبشرها كسلطة لا تنقسم أو تتوزع بينها وبين ولايتها أو مقاطعاتها حتى لا تعلن الحكومة حربا عدوانية تمنعها قواعد القانون الدولي العام؛ ولتكون حربها الدفاعية واقعة فسي إطار قواعد هذا القانون، وإن جاز القول بأن التدابير الدفاعية قد تقتضى أحيانا حربا هجومية لكسر شوكة العدوان في معقله، ومطاردته في قواعده، بما يجعل الفصل بين التدابير الدفاعية في بدء حركتها من جهة، وما تؤول إليه في تطورها من اقتلاع العدوان من جذوره من جهة أخرى، من المسائل الدقيقة التي لا تفلح القواعد القانونية في إيجاد حل لها، وإنما تتداخل فيها عوامل شتى تزيد من تعقيداتها.

(١) محكمة النقض - الطعن رقم ٤٧١٦ لسنة ٥٦ قضائية - جملة ٤ فبراير ١٩٨٧ - السنة ٣٨ ج١ -

### الباب الثالث

#### القوانين الجنائية وصلاتها بالحق

#### في الحياة وفي الحرية وفي الملكية

### الفصل الأول

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية

### المبحث الأول

#### الضرورة الاجتماعية مناهج التجريم

٦٣٩- لا تتوخى القوانين الجنائية مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبنينان الجماعة ولقيمها، تماسكها حتى لا تنفطر.

ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غيرها من القوانين في اتجاهها إلى ضبط أفعال الأفراد في علاقتهم بمجتمعهم؛ وفي صلاتهم ببعض؛ إلا أن القوانين الجنائية تفارق غيرها من القوانين، في أنها تحدد للمخاطبين بها - وبصورة جازمة لا تحتمل تأويلاً - ما لا يجوز القبول به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية Socially intolerable conduct؛ وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكناً في إطار الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها.

فلا يكون السلوك المحظور جنائياً، غير تعبير عن هذه الضرورة التي يرتبط بها الجزاء الجنائي في نوعه ومقداره<sup>(١)</sup>.

٦٤٠- وصار من المسلم ألا يتعلق جزاء واحد بالجرائم جميعها؛ ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعي؛ ولا أن يكون الجزاء منافياً بقصوته ضوابط الاعتدال؛ ولا مهيناً بما يهين آدمية الفرد.

وإنما يكون لكل جريمة جزاؤها الخاص بها، محدداً وفق الضرورة التي شكل المشرع على ضوئها بنين الأفعال التي أثمها. فإذا كان الجزاء منافياً قدر هذه الضرورة، خرج على متطلباتها، وصار ضاراً بالجماعة ذاتها. ذلك أن الجماعة لا توثق عراها بروابط مادية تضم

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - لائحة رقم ٢١٠ - ص ٤٠٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

أفرادها إلى بعض؛ إنما يتحقق للجماعة ترابطها، واتصال أفرادها ببعضهم عن طريق قيم تظلمها، وضوابط السلوك تصوغها؛ فلا يكون تخليها عنها، أو تقريظها فيها، أو تراخيها فسي الحمل على النزول عليها، غير إيدان بتصدع بنيان الجماعة ذاتها.

وإذ كانت المفاهيم المتقدم بيانها، تمثل من القوانين الجنائية ثوابتها التي لا تقبل التغيير، إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها في شأن ما تراه سلوكا مقبولا أو مرفوضا من وجهة نظر اجتماعية. ذلك أنها تأخذ في اعتبارها أمرين يتفاوتان من جماعة إلى أخرى، وأحيانا داخل الجماعة ذاتها:

أولهما: الأهمية الأكيدة لمصلحة اجتماعية بذاتها The Current importance of particular social interest

وثانيهما: أبعاد النزعة الإجرامية للجنة ودرجة خطورتها The dangerous propensity of the offender.

وإذا كان الاعتبار الأول يركز على الجريمة من منظور خطورتها على مصلحة الجماعة تقدر أهميتها في زمن معين، ولا يصلح لضمانها غير الجزاء الجنائي؛ فإن الاعتبار الثاني يركز على الفرد من جهة سلوك مواخذ عليه جنائيا كان مقصودا من جهته حين اتاه، ودالا على توجهه إلى الجريمة، وميله إلى العودة إليها.

وهذا الاعتبار هو الذي يفرق بين الجناة الذين لا يتمثلون بداهة في نشأتهم أو بيئتهم، ولا في الأوضاع التي دفعتهم إلى الجريمة. ويستحيل صلبهم بالتالي فسي نماذج مغلقة لا يرمون عنها، وكأنهم من قوابلها التي لا تتبدل، والتي يصيرون بإفراغهم فيها، فريقا واحدا يتوافق أفرادها في ظروفهم، ويأثفون فيما بينهم في نزعتهم الإجرامية؛ يعبرون عنها بالوسائل ذاتها، وبالأفكار عينها؛ وبالإرادة نفسها، سواء في قدر تصميمها على الفعل المؤثم قانونا، أو في درجة توجهها إلى نتيجته.

فلا تتباين خياراتهم، ولا تتعدد طرائقهم في الحياة. وإنما هم سواء في نظرتهم إليها، وفي تقييمهم لعوامل الخير والشر فيها؛ وفي قدر تصميمهم على النزوع إلى الجريمة، ووسائل التجهيز لها وتدبيرها. وليس ذلك من الحقيقة في شيء. فالجريمة لا تحركها وحدة الاتجاه بين مقارفيها، وإنما الأصل فيها أنها عارض يطرأ على حياتهم بما يبذلها إلى الأسوأ.

٦٤١- وكان منطقيا بالتالى أن تزواج القوانين الجنائية بين أمرين: أولهما: الطبيعة النوعية للقيم الخلقية الكامنة وراء الملوك منظورا إليها من زاوية اجتماعية.

ثانيهما: الطبيعة الشخصية لنوازع الشر والعدلون التى تصور الحالة الذهنية للجاني لحظة ارتكابه الجريمة.

ولئن كان الشخص فى المفاهيم التقليدية القديمة- يعتبر ممثلًا عن كل فعل أنشأه إذا أضر بنفس أو بمال غيره، ولو لم يبلور هذا الفعل سلوكا مقصودا دالا على حالة ذهنية واعية؛ إلا أن النظم الجنائية فى تطورها الراهن، تولى اهتمامها لتلك الحالة الذهنية كأحد العناصر الشخصية التى يتعذر فصلها عن الجريمة فى مانتها. بل إن هذه النظم تنظر إلى الجريمة الأكثر خطرا من الوجهة الاجتماعية، باعتبارها مقتضية تحقيقا أشمل وأعمق فى الحالة الذهنية التى كان عليها الجاني حين ارتكبها.

ذلك أن هذه الحالة هى التى تشي بقدر إدراكه للقيم التى تخلى عنها، ودرجة وعيه بالأفعال التى ارتكبها، وخطورته بالتالى على الجماعة التى يعايشها.

فلا يكون الجزاء الجنائي غير تقدير من الجماعة لتبشير نراه كافيا لقمع الجريمة، أو للقصاص من فاعلها. وهو جزاء يرتبط بقيم الجماعة التى ترتد بعض جنورها إلى الدين، لتبلور هذه القيم فى مجموعها إطار القوانين الجنائية، ونطاق الضرورة الاجتماعية التى توجها.

ولئن جاز القول بأن تلك القيم متطورة بطبيعتها؛ ولن معاييرها غير ثابتة؛ ولن بعض ملامحها قد تتراجع لتحل محلها مفاهيم تغايرها؛ ولن أهمية الدين وضرورته قد تتآكل، وقد يفقد مكانته بصفة كلية أو جزئية، بما ينال من القيم التى يروج الدين لها، خاصة عند هؤلاء الذين يرونها مناقضة للحقائق المادية فى الحياة، وما تتوخاه من ضمان حق الناس جميعهم فى الرخاء الاجتماعى، وتحقيق المعادة التى يعملون من أجلها بغض النظر عن العقائد جميعها، إلا أن هذه الحقائق المادية لا يجوز أن تمثل إطارا نهائيا للقيم التى تعكسها القوانين الجزائية، ولا أن تفرض عليها تساهلا أعمق، أو تسامحا أبعد فى مجال القيود التى تقضيها من الأقواد فى سلوكهم داخل الجماعة.

ذلك أن هذه القوانين لا تترال في أساسها قوانين للقيم الخلقية التي ارتضتها الجماعة، والتي يتحدد على ضوئها ما ينبغي أن يفعل كل فرد فيها، وما لا يجوز أن يفعل من زاوية اجتماعية Do's and dont's ليفرض القضاة هذه القوانين في أوامرها ونواهيها، على من يخالفونها بكل القوة التي في أيديهم<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر في ذلك

1. Johnson's Cases, Materials and text on criminal law, fourth edition, 1988.
2. Carlson's adjudication of criminal justice. Problems and references, 1986.
3. Abram's federal criminal law and its enforcement, 1986.
4. American criminal justice process: selected rules, statutes and quidelinens. 1989.
5. Langbein's Comporative criminal procedure: Germany, 1977.
6. See also: Lambert. v. California, 355 U.S. 225, 1957.
7. Philip. E. Johnson, Criminal Law, cases, materials and text, fourth edition, pp. 1-61.



### المبحث الثاني

#### تطور القوانين الجنائية

٦٤٢- اقتصر القانون الجنائي في البداية على جرائم القانون العام التي ألفها الناس في أعرافهم في محيط اجتماعي معين Customary law common to all the realm، كالقتل والحريق. إلا أن هذا القانون جاوز في العمل حدود هذه الدائرة الضيقة، وانتقل إلى محيط أوسع خاصة بعد تطور الجماعة في احتياجاتها، وتعقد وسائلها في الحصول عليها، وتركز سكانها، وتداخل علاقاتهم وتشابكها وتنوع صورها، وتزايد فرصهم في النفاذ إلى الحقائق العلمية التي تنتوع على ضوءها أشكال الجريمة، وأدواتها وطرق إخفائها؛ بل وتنظيمها في إطار معقد، وبقاعدة أعرض.

وصار ينظر إلى الجزاء الجنائي في مواجهة هذا التطور باعتباره بديلاً عن صور الجزاء القاصرة التي ينص القانون المدني عليها، وأداة لا محيص عنها لحمل الجناة المحتملين على التخلي عن الجريمة، إذا قدروا أن ما يضمنونه من فائدة منها، أقل مما يتوقعونه من قصاص عنها.

٦٤٣- وتظل القوانين الجنائية -وهي من عمل المشرع- الأداة الأكثر فعالية لفرض النظام العام وتحقيق استقراره من منظور قوة الردع الكامنة فيها، والتي ترد عن الجريمة جناة محتملين، خوفاً من عقوبتها التي تقيد حريتهم إذا هم قار فوها.

فلا تكون قوة الردع هذه، غير قوة طاردة للجريمة، وناهية عنها في آن واحد.

بيد أن القوانين الجنائية قد تكون أداة قهر أو وسيلة إصلاح اجتماعي بالنظر إلى السياسة التي ينتهجها المشرع في مجال إقرار القوانين الجنائية التي لا يصلحها أن تكون تعبيراً عن ضغيان السلطة؛ وإنما يقيما على سواها أن تبلور في مواجهة الجماعة التي تنظمنها، رد فعل مرن لاحتياجاتها في زمن معين. فلا تكون هذه القوانين ضرباً من الخيال؛ ولا اقتحاماً غير متبصر لطرق لا يعرفها أحد. وإنما تصاغ من منظور واقعي؛ وعلى ضوء ضرورة فعلية -لا وهمية- وبمراعاة احتياجاتها التي لا يفترض دوماً أن تتعاصر معها القوانين الجنائية.

إذ من المتصور أحياناً أن تبصر هذه القوانين تلك الضرورة بعد أن تتوافر إرهاباتها التي تنبئها بها، ولكنها تتراخى عن مواجهتها وإن كان لا يجوز لها أن تنكسها، ولا أن تتكسر عنها بخطى بعيدة.

وهذه الضرورة -منظوراً في تحديدها إلى أوضاع الجماعة ومطالباتها- هي التي يتعين تمييزها عما يطرأ عليها من عوارض لا تصيبها في صميم مصالحها، أو جوهر توجهاتها؛ ولكنها تكون محدودة في أثرها، موقوتة في زمنها، معبرة عن أوضاع مرحلية مألها إلى وزال. وليس لها بالتالي من عناصر الاستقرار ما يكفل ثباتها، فلا تنظمها القوانين الجنائية التي يتعين أن تظل مارية لأجال معقولة، بما يكفل قدرتها على مواجهة أوضاع لها من دوامها ما يرشح لتنظيمها بنصوص قانونية تكفل تكيفها معها؛ ومن وضوحها ودرجة أهميتها ما يقتضى للتدخل بالجزاء الجنائي لتأمين المصالح الحقيقية التي ترتبط بها، من العدوان عليها.

د ومن مجموع هذه العناصر، تبلور تلك الأوضاع، نطاق الضرورة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الجنائية، أخذة كذلك في اعتبارها أن الأفراد هم محورها، فلا يصوغ المشرع هذه النظم كأداة توجهها السلطة السياسية لإكعام خصومها؛ ولا لقهرهم اجتماعياً؛ ولا لتحقيق أغراض لا رابط بينها. ذلك أن النظم الجنائية منظومة متكامل عناصرها، وتتوافق توجهاتها، وتتحدد أحكامها على ضوء أثرها على الجماعة، منظوراً إليها في مجموع أفرادها<sup>(١)</sup>.

(١) Ronald D. Rotunda: Modern Constitutional Law, Cases and Notes, fourth edition, pp. 339 - 384; Edward L. Barrett, William Cohen and Jonathan D. Varat, Constitutional Law. Cases and Materials, eighth edition, pp. 1244- 1252; Gerald Gunter, Constitutional Law, twelfth edition, pp. 411, 429; Gerald Gunter, Individual rights in Constitutional Law, fifth edition, pp. 82 - 100.

### المبحث الثالث

#### الجزاء الجنائي - من منظور عام

#### المطلب الأول: مفهوم الجزاء الجنائي

٦٤٤- ليس الجزاء الجنائي إلا عقابا واقعا في إطار اجتماعي. وكلما كان قاسيا صلبا محظورا. بل إن بعض الدول تعتبر توقيعه جريمة معاقبا عليها<sup>(١)</sup>.

ولا يفترض هذا الحظر، إلا بتمحض الجزاء الجنائي ليلاما في غير ضرورة، سواء تعلق الأمر بمضمون الجزاء، أو بالطريقة التي يتم تنفيذه بها بعد للنطق به. وهو بذلك يتصل من بعض نواحيه، بالكيفية التي يعامل بها المحتجزون في أماكن إيداعهم، وبشروط بقائهم فيها، وأوضاع حياتهم بها. ويرتد هذا الحظر تاريخيا، إلى وثيقة العهد الأعظم Magna Carta<sup>(٢)</sup>. وصار العمل به جزءا من القوانين المعمول بها في إنجلترا بعد إدراجها في وثيقة إعلان الحقوق بها عام ١٦٨٩<sup>(٣)</sup>؛ وكان ما توخاه ابتداء هو مواجهة بعض صور الجزاء التي كان معمولا بها آنذ، والتي تتسم بطبيعتها البربرية التي يندرج تحتها عرض المدانين في مكان عام تحقيرا لهم واستهزاء بهم، واتساع أطرافهم، وفصل أعناقهم Decapitation، وتمزيق أبدانهم<sup>(٤)</sup>.

(١) حظر التعديل الثامن للدستور الأمريكي توقيع أية عقوبة قاسية وشاذة: Cruel and unusual punishment. انظر في معنى العقوبة القاسية.

, Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1978); David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, 1958, pp.383-420.

(٢) ينص الفصل ٢٠ من هذه الوثيقة (١٢١٥) على ما يأتي:

A Free man shall be amerced for a small offence only according to the offence, and for a grave offence he shall be amerced according to the gravity of the offence .

وترجمتها: يعاقب الرجل الحر عن الجرائم الصغيرة وفقا لدرجة الجريمة؛ وعن الجرائم الخطيرة وفق جسامتها. [وهذا هو مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة].

(٣) ينص الفصل العاشر من وثيقة إعلان الحقوق في إنجلترا لعام ١٦٨٩، على ما يأتي:

That excessive bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.

(٤) كانت أغلب الجنايات يعاقب عليها في إنجلترا بالشنق. وفي بعض الجرائم الخطيرة -كجريمة الخيانة-

كان يجوز تمزيق جسد الشخص إلى أجزاء أربعة. وفي المستعمرات الأمريكية كان يتم تحقير المدانين في ميدان عام بعد ربطهم من أعناقهم وأيديهم. وكان الجلد كذلك شاملا في جرائم كثيرة، وكان دفن الجناة أحياء عقوبة مسموح بها.

٦٤٥- وصار مفهومًا أن العقوبة لا يجوز أن تكون غلوا مجاوزا حد الاعتدال؛ وأن شذوذها من عناصر قسوتها، يندمج فيها ولا يستقل عنها. واليوم يعتبر حظر الإقتراف في العقوبة من طبيعة عالمية علي ما تنص عليه المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨<sup>(١)</sup>.

فلا نكون إلا أمام شيء واحد، هو العقوبة القاسية التي ترفضها المفاهيم التي ألفتها الأمم المتحدة في مجال النظم العقابية.

وتقرر كذلك أن كل عقوبة جديدة، لا تعتبر بالنظر إلى جدتها وحدها Per se منافية لهذا الحظر؛ وأن قسوتها لا تتحدد فقط بالنظر إلى مضمونها، وإنما كذلك على ضوء انفراط تناسبها بصورة ظاهرة مع نوع وخطورة الجريمة التي ترتبط العقوبة بها، وعلى الأخص كلما فرضها المشرع بطريقة تحكمية تتجرد من حقائق العدل وتصادمها.

ولا تزال المعايير التي تتحدد على ضوءها قسوة العقوبة مختلفا عليها، وإن وجب القول بأن مجرد وقوع العقوبة التي اختارها القاضي في إطار حدين تقررا بنص تشريعي، ليس كافيا للحكم بدستوريتها؛ وأن قسوة العقوبة، وإن كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها مرادفة للعقوبة البربرية؛ إلا أن تطور المفاهيم الإنسانية وثباتها في موازين الدول الديمقراطية. وأعرافها وطرائق سلوكها، أدخل هذه المفاهيم في مجال العقوبة، وجعلها قيда عليها تصوبها وتقيدها من غلوئها.

وارتبط النظر في دستورية العقوبة بالتالي، بقدر توافقها مع حقائق العدل؛ ورضاء الجماهير عنها، وقبولها بها من منظور المقاييس المتطورة التي التزمتها الأمم المتحدة، والتي تدل على ارتفاع وعيها وخصها، ونضجها.

### المطلب الثاني

#### معايير قسوة العقوبة

٦٤٦- وحتى اليوم لا توجد معايير مقطوع بها تتحدد على ضوءها قسوة العقوبة أو لينها، وإن تعين أن نقرر:

(١) تنص المادة ٥ من هذا الإعلان عن عدم جواز تعذيب أي فرد أو تعريضه لعقوبة أو معاملة غير إنسانية أو محطاة بالكرامة.

أولاً : أن وجود عقوبة الإعدام فى بعض النظم، وإمكان توقيعها فى نطاقها، لا يخسول السلطة التشريعية أن تتبدع من خيالها أية عقوبة تراها دونها<sup>(١)</sup>.

ثانياً : أن العقوبة التى يفرضها المشرع لا تتحدد قسوتها أو اعتدالها على ضوء لرق المشاعر وأعماقها نبلا. وإنما يتعين أن ينظر إلى وقعها على أوساط الناس، وإلى الأوضاع التى ألغوها ودرجوا عليها فى وزنهم لخطورة الجريمة، ونوع وقدر العقوبة التى يفرضها المشرع جزاء عليها، وما إذا كان توقيعها فى حالة بذاتها يوافق شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

The idea that punishment could be cruel and unusual not in the abstract, but because it did not "fit the crime" to which it was attached.

### المطلب الثالث

#### معايير قسوة العقوبة تتصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها

٦٤٧- وحتى وقت قريب، كان ينظر إلى الحكم بدستورية العقوبة التى وقعتا المحكمة على المحكوم عليه، باعتباره منهايا لكل نزاع حولها، ولو تعرض من أدین بالجريمة لمخاطر جوهرية، وواجه ألوانا من المعاناة لا قبل لأحد بتحملها أثناء تنفيذه للعقوبة المقرر لها؛ قولا بأن دستورية العقوبة تتحسم بصورها وفق الدستور، ليا كان شأن تنفيذها.

وهو ما لا يجوز القول به اليوم، على تقدير أن السجناء لا تجوز معاملتهم بوصفهم أرقاء للدولة، تستعدهم وتحطهم بعبادها بعد صبه عليهم، أمنة من أن السلطة القضائية لا تقم نفسها عادة فى أوضاع السجون وطرق إدارتها وكيفية تعاملها مع المودعين فيها Hands off doctrine، وأن العقوبة التى وقعتا السلطة القضائية فى شأن شخص معين أدین بالجريمة، تحمل معها قيودا تقال من الحرية الشخصية. وأن المذنبين بالتالى لا يملكون غير الحقوق التى تكلفها نظم السجون ولوائحها متوخية ضبط الأمن فيها حتى لا يتردد المودعون بها، خاصة وأن من المفترض فى القائمين على إدارة السجون، توكيهم تحقيق الأغراض التى تستهدفها النظم العقابية. وهى أغراض يحبطها تدخل السلطة القضائية فى كيفية تنفيذها.

بيد أن وجهة النظر هذه، تقتقر اليوم إلى مؤيدها. ذلك أن السجون وإن كان لها احتياجاتها التى يقتضيها ضبط الأمن وضمان السيطرة على نزلاتها؛ إلا أن احتياجاتها هذه

(١) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958) at 99.

(٢) See, Roper F.Cushman, Cases in Constitutional Law, seventh edition.P.339.

يتعين موازنتها بحقوق هؤلاء، فلا يضارون في أبدانهم أو عواطفهم تعديا عليهم ما فتشوا مودعين بها<sup>(١)</sup> ولنن جاز بالتالي استعمال القوة لإنهاء تمرد في السجون، إلا أن استخدام القوة الزائدة للسيطرة عليه، لا يعتبر مخالفا للدستور إلا إذا تم بمسوء قصد، وبطريقة سادية Maliciously and sadistically، ولو لم يكن الضرر الذي أصاب السجناء جسيميا<sup>(٢)</sup>.

وصار ثابتا بالتالي أن أوضاع السجون يتعين مراقبتها قضائيا، وأن كل قيود تضيفها إلى العقوبة لتزيد من وطأتها؛ لا يجوز القبول بها؛ وأن للمننيين حقوقا لا يجوز الإخلال بها حتى أثناء سجنهم؛ وأن معاملتهم داخلها بصورة تصفية، يشملها مفهوم العقوبة القاسية المحظورة دستوريا، خاصة إذا أعيقوا عن النفاذ إلى متطلباتهم الصحية، كإيداعهم عرايا في زنازينهم، وحرمانهم من الحصول على أدويتهم.

ولا يعنى ما تقدم أن تحل السلطة القضائية محل القائمين على إدارة السجون في أعمالهم، ولا أن تتدخل في طريقة ضبطهم لها. وإنما تتحدد نقطة التوازن فيما جاوزوا فيه المعايير المنطقية التي يقتضيها إشرافهم على السجون المعهود إليهم بإدارتها. وهو ما يتحقق كلما عاملوا نزلاءها بما يتمحض عن إعناتهم أو ترويعهم أو الإضرار بهم، أو حتى التخلي عن حمايتهم من عدوان رفاقائهم عليهم. إذ لا يجوز أن يؤذنيهم أحد أيا كان موقعه؛ ولا إرهابهم بما لا طاقة لهم به؛ ولا إنكار حقوق عليهم تزيد من وطأة عقوبتهم.

وبوجه خاص، لا يجوز أن تهبط أوضاع السجناء إلى ما دون الحد الأدنى من احتياجاتهم التي تتطلبها الضرورة لصون حياتهم مما يتلفها. ذلك إن الإخلال بأقل قدر من الحقوق الجوهرية التي كفلها الدستور لهم، أسوأ أثرا من أن يظل شخص راجحة خطورته، مطلق السراح.

ويتعين القول بالتالي بأن الحقوق التي يجوز حرمان السجناء منها هي فقط تلك التي تقتضيها أغراض العقوبة المحكوم عليهم بها. فإن جاوز مقدار الحرمان نطاق هذه الأغراض؛ فإن القيود التي تفرضها السجون عليهم دون مقتض، تعتبر جزءا من العقوبة مضافا إليها، بما يصممها بمخالفة الدستور بالنظر إلى مجاوزتها قدر العقوبة المحكوم بها عليهم، والتي يمثل استيفاءها حق مجتمعتهم في اقتضاؤها.

<sup>(١)</sup> Rhodes v. Chapman, 452 U.S.337, 345 (1981); Hutto v. Finney, 437 U.S. 685(1978).

<sup>(٢)</sup> Hudson v. McMillian, 112 S.Ct. 995, 1000 (1992).

وإذا كان من المسلم أن تأهيل المذنبين يقع في نطاق الأغراض التي تتوخاها النظم العقابية، فإن كل إجراء يتخذ القائمون على إدارة السجون لحملهم الانصياع للقانون والتقيّد بأوامره ونواهيه، يعتبر خطوة حيوية في اتجاه إعدادهم لحياة جديدة يعاقون فيها الجريمة بعد الإخراج عنهم، ويردون أنفسهم عنها.

ولا كذلك معاملتهم بما يناقض الدستور والقانون، إذ يشيهم تحكّم إدارة السجون فيهم، وتسلطها عليهم دون ما ضرورة، عن التعاون معها من أجل تأهيلهم للحياة الجديدة التي يأملونها.

بل إن معاملتهم في السجون بما يناقض حكم الدستور والقانون، يعادل في أثره فرض عقوبة قاسية عليهم بغير مبرر. وبالتالي لا يكون لإيداعهم بها من مقتضى.

ذلك أن القائمين على إدارة السجون، يفقدون الحق في احتجاز المذنبين داخل أسوارها، إذا حجبوا عنهم حقوقاً يملكونها وفق الدستور والقانون، وكذلك إذا أساءوا معاملتهم من خلال إهانتهم والإضرار بهم باسم القانون.

### المطلب الرابع

#### صور من العقوبة للقاسية

٦٤٨- والمفاهيم المتقدمة جميعها، مؤداها:

أولاً : أن العقوبة القاسية لا تتحصر في أشكالها البربرية غير الإنسانية، ولكنها تشمل كذلك كل عقوبة تغد بصورة ظاهرة، تناسبها مع الجريمة مطهاً وذلك بالنظر إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طول مدتها أو شذوذها<sup>(١)</sup>.

(١) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Salem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).

Cruel and unusual punishments clause, prohibits not only barbaric punishments, but also sentences that are disproportionate to the crime committed.

انظر أيضاً:

O'Neil v. Vermont, 144 U.S. 323, 339-10(1892); Howard v. Fleming, 191 U.S. 126, 135-36(1903); Weems v. United States, 217 U.S. 349(1910).

وفي هذه القضية الأخيرة قضت المحكمة بأن ارتكاب شخص جريمة تزوير في سجل علم، لا يسوغ توقيع عقوبة عنها مدتها السجن مع الأشغال الشاقة ١٥ عاماً يقضيها المسجون مقيداً بالسلاسل الحديدية في قدميه ومعصميه فضلاً عن حرمانه من كافة حقوقه السياسية، وإخضاعه لمراقبة الشرطة بعد انتهاء مدة العقوبة.

ثانياً: يتعين أن يؤخذ بمعايير موضوعية في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة، وهي معايير يدرج تحتها في الدول الفيدرالية:

١. درجة خطورة الجريمة ومبلغ اندفاع العقوبة.
٢. العقوبة التي وقعها القضاة على مجرمين آخرين داخل حدود الولاية فني شأن الجريمة ذاتها.
٣. العقوبة المقررة للجريمة عينها في الولايات الأخرى.

ثالثاً: أن العقوبة القاسية شأنها شأن الغرامة المغالي فيها، كلاهما يتمحص غلوا ويبلور بالتالي سلطة منفصلة Unrestrained power. غير مقيدة بقيم العدل التي لا يجوز التخلي عنها.

رابعاً: لا تجوز معاقبة شخص أمن تعاطي الكحول. ذلك أن عقوبة علي هذا النحو تعتبر جزاء علي حالة مرضية تتصل به، وتحمله عضوياً علي الإغراق في تناول الخمر Addiction to the use of drugs. وهي حالة لم تقترن بأفعال أتاها تشكل في مفهوم القوانين الجزائية سلوكاً معاقباً عليه قانوناً ولا يجوز بالتالي معاقبتهم جنائياً" علي حالتهم هذه التي لم يصحبها إتيانهم أفعالا جرمها المشرع. وكل جزاء علي حالة قائمة أيا كان سببها Mere status يعتبر قاسياً ، ولو كان لمدة قصيرة (١).

خامساً: لا شأن لمفهوم العقوبة المحظورة دستورياً، بالنظم المدنية. ذلك أن العقوبة القاسية التي حظرها الدستور تقترض:

١. تحديد صور وأنواع الجزاء التي يجوز توقيعها علي الجناء المدانين بارتكابهم لجريمة.
٢. حظر كل جزاء يخل في إطار المفاهيم المعاصرة- تناسبه بصورة ظاهرة مع خطورة الجريمة أو جسامتها.
٣. تقرير قيود موضوعية علي الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقابها. وتلك جميعها ملامح تتفرد بها النظم الجنائية (٢).

(١) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

(٢) Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651, 667 (1977).



سادسا : لا يجوز لقاض أن يدخل في تقديره للعقوبة ما لم تطرح عليه، من عناصرها. كسخط الجماهير علي المتهم أو تعاطفها، وعمق غضبها من فعله أو تسامحها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك الظروف التي تتعلق بشخص ضحية الجريمة، أو نوع الأضرار التي سببها لعائلته، كالصدمة العنيفة أو الألام النفسية أو الخسارة الفادحة التي ألحقها بها. إذ يجوز أن يدخلها للقاضي في اعتباره لتحديد مقدار العقوبة التي يوقعها<sup>(٢)</sup>.

سابعا : ويمكن القول بوجه عام، أنه كلما كان الإجراء قاسيا بالنظر إلي الآثار المنصورة التي يربتها، فإن موضوعية الإجراء، يكون أكثر أهمية إذا توخينا أن يكون إجراء معقولا ومبررا بوضوح في مجتمع ديمقراطي حر<sup>(٣)</sup>.

The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

<sup>(١)</sup> California v. Brown, 479 U.S. 538 (1987).

<sup>(٢)</sup> Payne v. Tennessee, 510 U.S. 808 (1991).

وقد عدلت المحكمة علي حكمها في القضية السابقة وذلك في قضيته.

Booth v. Maryland, 482 U.S. 496 (1987).

<sup>(٣)</sup> Frank Iacobucci, Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, in Human Rights and Judicial Review - A Comparative Perspective 1994, volume 34, p.120.

### المبحث الرابع المركز الخاص لعقوبة الإعدام

٦٤٩ - لا تعتبر عقوبة الإعدام عقوبة قاسية. ذلك أن كثيرا من النظم الجنائية لا تزال تطبقها، والقبول العام بها لا يمنعها<sup>(١)</sup>.

وهي تبلور الحق في القصاص في حكم الله تعالى. ولئن قال البعض بأن هذه العقوبة تنافي كرامة الإنسان، وإنها غير خلقية وتنتم بالمغالاة، وأن توقيعها يتعلق غالبا بالفقراء الذين لا يملكون الموارد الكافية التي ينهيأ لهم بها فرص الدفاع عن أنفسهم، بما يخل بشرط التكافؤ في المعاملة القانونية بين المعوزين والقاترين. فضلا عن أن تطبيقها يتم بنزق الاندفاع وبطريقة تحكمية، وإنها في كل الظروف تحقق هدفا مبررا<sup>(٢)</sup>.

و إلا أن أوجه النقد هذه لا تتصل بعقوبة الإعدام في ذاتها، وإنما بشروط تطبيقها. وهي شروط يتعين أن يحرص المشرع على ضبطها بما ينفي التحكم في توقيعها، ويجعل فرضها مقصورا على الجناة الذين يعمدون بلفعالهم إلى إزهاق أرواح الآخرين. ومن ثم تكون عقوبة الإعدام غير مخالفة في ذاتها Per se لل دستور، ولكنها تكون كذلك إذا فرضها المشرع بطريقة أمره لا يكون للقاضي معها ثمة خيار في توقيعها أو إيدالها بعقوبة أقل.

وكذلك تعتبر عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا لم يحط المشرع فرضها بضوابط تنفي التحكم في تطبيقها. وهو ما حمل المشرعون على أن يكونوا أكثر حرصا في صياغتهم لضوابط هذه العقوبة وموازين أعمالها حتى لا تعرض بصورة آلية.

ومن ذلك أن يحدد المشرع الظروف المخففة والمشددة التي يتعين أن يدخلها القاضي في اعتباره قبل فرض العقوبة. وتظل لعقوبة الإعدام شرعيتها في الدول التي يتجسه مواطنوها بوجه عام إلى القبول بها، وينظرون إليها بالتالي بوصفها جزءا ملائما وضروريا لا يناهض كرامة الإنسان ولا يحقرها. ولا يجوز بالتالي أن لجهة الرقابة على الدستورية، تستعيض عن تقدير المواطنين ملائمة هذه العقوبة وضرورتها، بتقديرها الخاص لاسيما. وأن الأصل في تلك العقوبة -شأنها في ذلك شأن كل جزء جنائي- أن تحمل معها قرينة الصحة التي لا تسقطها في مجال الرقابة على الدستورية- غير براهين قوية على مخالفتها للدستور.

(1) Furman v. Georgia. 408 U.S. 238 (1972).

(2) See statments of justices Marshal, Brennan, Stewart and Douglas in the above referenced case.

وكما قدر المشرع أن عقوبة الإعدام تحقق مفاهيم الردع المقصودة منها، فحسبه أن تكون تلك هي رؤياه في شأن أكثر الجرائم خطرا وأشدما قسوة.

بيد أن عقوبة الإعدام وإن لم تكن في ذاتها مخالفة للمستور إلا أن القواعد الإجرائية لشروط تطبيقها، هي التي توليها جهة الرقابة علي الدستورية اهتمامها توفيا للتحكم في إنزالها علي الجريمة، وحتى يوقعها القاضي في إطار موازين تشريعية منصفة يندرج تحتها طبيعة الجاني، ودرجة ميله إلى الإجرام، وخصائص الجريمة التي ارتكبها وظروفها.

فضلا عن إتاحة الطعن في الحكم الصادر بها. بل إن من النظم الجنائية ما يقرر مرحلتين في شأن عقوبة الإعدام: أولاهما: تلك التي تتعلق بقيام الجريمة في ذاتها من جهة إثباتها. وثانيتهما: مرحلة للنطق بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة من جهة توافر ظروفها المشددة أو المخففة أو تخلفها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز في هذا الإطار معاقبة قاتل بالإعدام بمجرد تصرفه أثناء القتل بطريقة غاضبية أو غير مبالية. ذلك أن القتل جميعهم يبدون في هذه الصورة<sup>(٢)</sup>.

ويتعين كذلك أن يدخل القاضي في اعتباره -قبل توقيعه لعقوبة الإعدام- طبيعة الجاني وسجله الجنائي وأوضاع الجريمة التي ارتكبها، وكافة ظروفها المخففة حتى تلك التي لم ينص عليها المشرع، وذلك حتى يكون توقيعه لهذه العقوبة، أو لعقوبة أقل منها، منطقيًا<sup>(٣)</sup>، قائما على النظر في الجريمة على ضوء كافة ظروفها والأوضاع التي تتصل بمرتكبها<sup>(٤)</sup>.

٦٥٠- وتكون عقوبة الإعدام مخالفة للمستور إذا فرضها المشرع في شأن جريمة غير خطيرة؛ أو كان فرضها، لا يسهم بصورة معقولة في تحقيق الأغراض التي يقوم التجريم

(١) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 195, 198 (1976).

(٢) Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420 (1980)

(٣) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 ( 1978 ) at 604

(٤) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, (1976) ; Eddings v. Oklahoma , 455 U.S. 104, 110 (1982).

وبلاحظ أن الظروف المشددة للجريمة، يتعين أن ينص عليها المشرع، على خلاف الظروف المخففة التي يجوز أن يستخلصها القاضي من قرائن الأحوال بالنظر إلى طبيعتها الإنسانية وصلتها المباشرة بطبيعة مرتكب الجريمة وظروفه الخاصة . ولا كذلك الظروف المشددة، إذ هي عمل تشريعي يتوخى حصر الجناة الذين يستحقون عقوبة الإعدام . فإذا وقع الجاني في الدائرة الضيقة للجنة الذين يستأهلون هذه العقوبة، فإن على القاضي بعدئذ أن ينظر في سجل الجاني وكافة الظروف ذات الصلة بالجريمة التي ارتكبها.

عليها، بما يجعل توقعها منظويا علي إحداث آلام لا مبرر لها، ومعاناة لا فائدة منها  
Purposeless and needless imposition of pain and suffering.

وتبطل هذه العقوبة كذلك إذا اختل تناسبها بصورة ظاهرة مع طبيعة الجريمة مجلها.

وهو ما يتحقق علي الأخص إذا وقعها قاض علي جان لم يقتل بنفسه، ولم يشرع فسي  
القتل، ولم يقصد قتل أحد.

ولا كذلك أن يكون الجاني قد أسهم في الجريمة بصورة فعلية، ولم يكن يعنيه كثيرا أن  
يسفر ارتكابها عن القتل، أو لا يكون القتل نتيجتها.

وقد يكون الجاني كامل الأهلية وقت ارتكابه الجريمة، وقت الفصل فيها والنطق بعقوبة  
الإعدام عنها. فإذا صار مختل العقل في مرحلة لاحقة، فإن تنفيذ هذه العقوبة يتمحض عن  
قسوة ظاهرة لا مبرر لها، خاصة وأن إعدام المجنون لا يحقق الأغراض التي تستهدفها  
القوانين الجنائية. وهو كذلك ينافي وثائق وإعلان الحقوق<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك المتخلفون عقليا، إذ يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام فيهم، ولو دل إحصاء علي  
منافاة هذا التنفيذ للقيم الإنسانية. إذ ليس للدلائل الإحصائية من أثر علي الضوابط الدستورية،  
وخاصة وأن تنفيذ عقوبة الإعدام في شأن المتخلفين عقليا، وإن جاز اعتباره عقوبة قاسية إذا  
كان هؤلاء يفتقرون إلي الأهلية الكافية التي يقدرون بها خطأ أفعالهم، إلا أنهم يدخلون فسي  
زمرة مختلفة عن الملتائين عقلا، كلما قام الدليل علي أن ملكاتهم العقلية لم تمنعهم من مواجهة  
التهمة والعمل علي إحضارها<sup>(٢)</sup>.

وكل ما هو مطلوب في شأنهم هو تفريد العقوبة الخاصة بهم علي ضوء خصائص  
تكوينهم العقلي وظروفهم الشخصية، ولوضاع الجريمة التي فارقوها. ذلك أن تخلفهم عقليا،  
يعتبر ظرفا مخففا يمتين أن يؤخذ في الاعتبار، مثلهم في ذلك مثل الجناء الذين تعرضوا في  
طفولتهم لاغتصابهم جنسيا أو لغير ذلك من مظاهر سوء استعمال السلطة الأبوية Abused  
Background. وكما يجوز إعدام المتخلفين عقليا، يجوز كذلك تطبيق العقوبة ذاتها بالنسبة إلي  
القصر الذين بلغوا المادسة عشرة أو السابعة عشرة<sup>(٣)</sup>.

(١) Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

(٢) Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 335 (1980).

(٣) Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

٦٥١- ويظل المعيار الحاسم في مجال تحديد معقوبة العقوبة، اجتهدا قضائيا، ومفترضا أوليا لضمان تدرجها وتكسيبها مع الجريمة كلها. ودون ذلك حقائق العدل التي تعطيها المفاهيم المعاصرة أهمية كبيرة. ويتعين أن يكون واضحا في الأذهان، إن شدة العقوبة لا تدل بالضرورة على قسوتها.

A severe punishment is not necessarily a cruel one.

ذلك أن نقلها قد يكون تقديرا منطقيا من المشرع لخطورة الجريمة.

٦٥٢- ولئن كان الأصل في القوانين بوجه عام، هو حملها على افتراض موافقتها للدمشور على تقدير أن المشرع عادة يحدد بطريقة أفضل نطاق العقوبة الملائمة للجريمة؛ إلا أن هذا الافتراض يخلل بصدد كل عقوبة لا تألفها الدول بوجه عام في شأن مقاييس التجريم محددة على ضوء أعرافها وتقاليدها، لتجاوز العقوبة حدود الاعتدال، بقدر مصادمتها للقيم الخلقية لأوساط الناس على ضوء النظرة التي يقدرون بها ما يعتبر حقا وملائما في شأن جريمة بذاتها في إطار كافة ظروفها<sup>(١)</sup>. ويتعين بالتالي أن يكون غلوها ظاهرا بوجه عام بالنظر إلى خروجها على الضوابط المنطقية التي ينبغي أن تحيط بها، فلا يتقبلها الضمير الاجتماعي<sup>(٢)</sup>.

ومن المتصور أن يظل المشرع العقوبة في شأن جرائم لها من خطرهما وسوء عواقبها ما يقتضي أخذ جناتها بالحزم لردعهم عن الإقدام عليها أو المضي فيها كجرائم القتل والسوقة باستعمال السلاح أو بالمواد المتفجرة، ومواعدة امرأة جبرا، واختطافها، وجرائم الدعارة. على أن يكون مفهوما في كل حال أن قابلية العقوبة للعفو عنها، لا تحول دون النظر في قسوتها أو اعتدالها؛ وأن الغرامة المغالي فيها شأنها شأن العقوبة التي تجاوز مبلغها الحدود المنطقية، كلاهما يؤكد؛ وأن كل عقوبة تنقلص بصورة واضحة الأغراض التي يستهدفها التجريم، تفقر بالضرورة إلى مبرراتها؛ وأن المعاملة غير الإنسانية -كذلك التي تتعلق بالتحقيق مع المتهمين

<sup>(١)</sup> Weems v. United States (1910) 217 U.S. 349.

<sup>(٢)</sup> جرد أحد الجنود الذي كان قد هجر وحدته العسكرية ليوم واحد، وعاد إليها، باغتيلته من صفتيه كمواطن. وقد تبين للمحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية أن عقوبة على هذا النحو من القسوة، لا مثيل لها إلا في دولتين اثنتين فقط.

Trop. V. Dulles (1958) 356 U.S. 86.

وقد ذكر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية، أن تجريد المواطن من جنسيته يلحق به مصيرا أسوأ من الموت.

It can be seriously argued that loss of citizenship is a fate worse than death.

وهم واقفون أو محاطون بضوضاء صاخبة أو متصلة، أو محرومون من النوم والطعام مدداً طويلة أو منقطعة- شأنها شأن العقوبة التي تقتصر إلى عناصر تناسبها مع الجريمة في مخالفتها للدستور.

ذلك أن هذه المعاملة وتلك العقوبة، لن تجر وراءها غير معاناة عقيمة في فائدتها تتلقى جوهرها -بصورة فجأة- موازين المنطق. وتخل كذلك بالقيم التي ألفها أوساط الناس واعتادوها في مظاهر سلوكهم<sup>(١)</sup>.

### وعلى ضوء ما تقدم، ينبغي أن نلاحظ:

أولاً: أن لكل شخص قيدت حريته على وجه أو آخر، حقاً كاملاً في النفاذ إلى القضاء ليحصل على كافة الحقوق التي يزيل بها القيود على حريته، بما في ذلك الاتصال بكافة الملفات والوثائق التي لها صلة بالحقوق التي يطلبها وفقاً للقانون وفق شروط منطقية نستخلص من كافة الأوضاع ذات الصلة.

ثانياً: أن حق السجين في النفاذ إلى المحاكم جميعها، يشمل على حقه في إيداء دفاعه، وتلقى كافة الوثائق المتصلة بالدعوى والرد عليها، وبمراعاة أن تقدير معقولية النفاذ إلى المحكمة، من مسائل الواقع التي نستخلصها من كافة الأوضاع ذات الصلة.

وقد لا تكون العقوبة التي يفرضها المشرع أو التي يوقعها القاضي، مخالفة في ذاتها للدستور. وإنما تنأتى سموتها، أو منافقتها لضوابط الاعتدال، من الكيفية التي يتم بها تنفيذها، خاصة من القائمين على المسجون الذين يتعاملون بغلظة مفرطة مع المسجونين، ويصبون عليهم عذاباً متعدد الألوان، مبتكرين في ذلك بأن للمسجون نظمها التي لا يجوز أن تخفل توقيها لتتعد السجناء أو عصيانهم. وهو اعتبار لا يسوغ إساءة معاملتهم، أو إهانتهم، أو تعذيبهم على نحو أو آخر. ذلك أن آدميتهم تسمو فوق كل اعتبار.

ثالثاً: وكلما صدر عفو عن الجريمة، فإن الرجوع عن هذا العفو بغير الوسائل القانونية السليمة التي يندرج تحتها حق الدفاع، يناقض الدستور.

(١) O' Neil v. Vermont 144 U.S. 339 - 40 (1892); See also European civil liberties and the European Convention on Human Rights, A comparative study, edited by C.A Gearty, 1997, pp.98-99.

وقد قصى بأن من المغالاة توقيع عقوبة الإعدام على من أغتصب امرأة، أو على شخص لم يقتل بنفسه، وأن الأصل في عقوبة الإعدام أن تردع الذين صمموا على القتل، وعنفوا الحزم عليه.

رابعاً: لا يعتبر توقيع المحكمة لعقوبة ما على عدد من الملونين يزيد على عدد البيض الذين تشملهم المحكمة بهذه العقوبة ذاتها، تمييزاً مخالفاً للمستور.

ذلك أن العقوبة التي تقدرها المحكمة في شأن من تدينهم بالجريمة التي اتهموا بارتكابها -أيا كان لونه- من المعائل التي تدخل في نطاق سلطتها التقديرية، ما لم يقم دليل على انحرافها -لا من الإحصاء- وإنما من خلال قرائن مادية تتضام إلى بعضها، وترجع إساءتها استعمال سلطتها في تقدير العقوبة.

خامساً: ولئن جاز القول بأن اعتبار عقوبة شاذة أو قاسية من المعائل التي تثير جدلاً عميقاً حول ماهية هذه العقوبة أو كنهها؛ إلا أن ثمة صوراً من العقوبة لا نزاع في حظرها، من بينها أن الحكم بإعدام شخص بالصدمة الكهربائية، وإن كان لا يعتبر عقوبة قاسية، شأنه في ذلك الإعدام شنقاً أو رمياً بالرصاص ولو بفرقة من الجنود A firing squad؛ إلا أن تعرض الجاني لصدمة كهربائية ثانية بعد إخفاق الأولى في قتله لعطل ميكانيكي أصاب الأجهزة التي تحدثها، يعتبر عملاً مخالفاً للمستور بالتالي.

سادساً: وتعتبر كذلك عقوبة قاسية، كل عقوبة من شأنها التمييز الكامل لمركز الشخص في الجماعة المنظمة التي يعيش فيها. ويندرج تحتها تجريدته من حقه كمواطن. بل إن هذه العقوبة تعتبر أكثر بدائية من تعذيبه، وأسوأ أثراً، إذ يصير بسببها عديم الجنسية. فضلاً عن أن كل عقوبة لا يجوز القبول بها، إلا بشرط توافيقها مع المعايير التي التزمته الأمم المتحدة لضمان إنسانيتها.

سابعاً: إذا كان الشخص عاقلاً وقت إثبات الجريمة، وظل كذلك، حتى صدور الحكم، فإن العقوبة المحكوم عليه بها، يتعين وقفها إذا فقد قواه العقلية أثناء تنفيذها. إذ لا يتصور أن يكون المجنون قادراً على فهم الأغراض التي يستهدفها الجزاء، ولا يجوز بالتالي تنفيذه بعد أن صار عديم التمييز، وإلا اعتبر الجزاء عملاً انتقامياً.

يؤيد هذا النظر، أن المجتمع، وإن كان يعينه ضمان مصالحه وقيمه وأهدافه؛ إلا أن مسئولية الفرد عن الإخلال بها، حدها إرادة اختيار الأفعال التي أتاها. فإذا فقد كل قدرة على التمييز قبل البدء في تنفيذ العقوبة أو أثناء هذا التنفيذ، فإن مفهوم القصاص كجزاء على الأفعال التي أتاها، يصير منقياً.

ثامنا : وكلما ادعى محام أن موكله فقد قواه العقلية<sup>(١)</sup>. فإن الوسائل القانونية السليمة تقتضى ألا يبعد بالفصل في هذا الشأن الخطير إلى جهة إدارية في تكوينها، أيا كان موقعها. وإنما يتعين أن يتولاها أخصائيون يثبتون في نطق علمهم، توافر عامة العقل أو تخلفها. ولئن جاز القول بأن المقصود بعامة العقل في هذا المقام، هي تلك التي يصير بها الشخص عديم التمييز؛ وأن المتخلفين عقليا Mentally retarded people، لا يعتبرون كذلك، على تقدير أن تتناول قدراتهم العقلية لا يعنى زوالها. إلا أن ما نراه صوابا، هو أن المتخلفين عقليا وقت ارتكابهم الجريمة، لا يملكون كامل إرادتهم، ولا يعتبر إعدامهم بسببها جزاء منطقيا. وكذلك الأمر إذا كان الشخص حنثا. إذ يكون ناقص الأهلية وقاصرا عن التقدير الصحيح والمتوازن لحقيقة الأفعال التي ارتكبها.

تاسعا : وقد يؤخذ في تحديد قسوة العقوبة ليس فقط من منظور جسامتها، ونقل وطأتها، أو على ضوء تقييم المحاكم الوطنية لها؛ وإنما كذلك من خلال مقارنتها بالعقوبة المقررة عن الجريمة عينها في الدول الديمقراطية<sup>(٢)</sup>.

عاشرا : وكلما كانت العقوبة المحكوم بها واقعة في حدود الدستور، فإن نقضها لا يجوز، ولو فرض القاضي فيما بعد عقوبة أشد على جريمة أقل خطورة من الجريمة الأولى. ذلك أن بيد كل قاض وقتا للدستور، أن يقدر في حدود منطقية، مبلغ العقوبة في الحدود التي لأن المشرع بها، فلا يرقيه أحد في اختيار جزاء دون آخر كلما كان هذا الاختيار جائزا تشريعا، وكان كذلك غير قائم على التحكم. ذلك أن لكل جريمة ظروفها الخاصة سواء ما تعلق منها بشخص مرتكبها أو بالأوضاع التي لا يستها<sup>(٣)</sup>.

(١) هذا وتنص المادة ٣٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عامة في عقله طرأت بعد وقوع الجريمة، يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتى يعود إليه رشده.

(٢) Salem V. Helm 463 U.S. 277 (1983).

(٣) كان قد قضي في جريمة اختطاف ارتكبها جان بعقوبة أقل في جريمة نقل بالرغم من الثانية أسوأ من الأولى.

See: Williams v. Oklahoma 358 U.S. 576 (1959); Coker v. Georgia 433 U.S. 584 (1977).



### المبحث الخامس

#### الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها

٦٥٣- يتحين الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة وبين التقدير القضائي لها ممثلاً في

مبلغها وفقاً للقانون، والتقدير القضائي لها. ممثلاً في تفريدها.

ذلك أن تفريد القاضي للعقوبة -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لا ينفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية. بل هو جوهرها. إذ يتصل هذا التفريد بعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة شأنها في ذلك شأن النصوص القانونية جميعها. ولا يتصور بالتالي أن يكون إزالتها بنصها على الواقعة الإجرامية محل الاتهام، ملائمة لكل أحوالها ومتغيراتها، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المتهمين لا يتماثلون في خصائص تكوينهم ولا في «بينتهم» ولا في قدر ثقافتهم أو تعليمهم؛ ولا في نطق نكائهم أو استقلالهم بولا في نزعاتهم الإجرامية التي، لا تجمعها وحدة تترابط أجزاؤها. وإنما يتدرجون بين الاعتدال والإفلال في إجرامهم؛ بين وهن نزعتهم الإجرامية أو فحشها.

ولا يجوز بالتالي صلبهم في نماذج جامدة لا يتحولون عنها؛ ولا اعتبارهم من قوالبها التي يصيرون فيها، فالمنذوبون لا يتوافقون في خطورتهم ولا في ظروفهم.

ولا يجوز بالتالي، أن تتحد عقوباتهم، وكأنهم فرد واحد، بالمبول للدونية ذاتها، والخلفية الذهنية عينها.

فإذا وحد المشرع بينهم بافتراض توافقتهم في ملكاتهم ونزعاتهم وتوجهاتهم، كان ذلك إيقاعاً لجزاء في غير ضرورة، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض، وبما يجبر على المتهمين -هم مختلفون في كل شيء- ألواناً من المعاناة لا قبل لهم بها، بعد أن افترض المشرع أنهم نظراء بعضهم لبعض سواء في نوع جريمتهم، أو دوافعها، أو خلفيتها، أو قدر التصميم عليها- بما يخل بشرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يتصور في غيبتها أن يكون للحق في الحياة، ولا للحق في الحرية، لية قيمة لها اعتبارها.

ثانيهما: أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية، مناطها أن يباشر القضاء سلطاتهم في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرًا من جانبهم لها في الحدود المقررة قانونًا.

فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها وإنسانيته مجبرا لأثار الجريمة من منظور موضوعي يتطابق بها وبمرتبتها.

فيذا منعهم المشرع من وقف تنفيذ العقوبة التي فرضها -وأيا كانت دوافعه في ذلك- كان ذلك تخطا في سلطتهم في تحديد مبلغها، ومفضيا إلى خطر اتصال الجناة بمنذرين آخرين ربما كانوا ألدح منهم لإجراما.

وهو ما ينافي حقيقة أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذي يحقق الإيلاء المقصود بها؛ وأن سلطة القضاة في تفريد العقوبة -ويندرج تحتها وقف تنفيذها- لازمها أن يتهيا للمحكوم عليهم بها، فرص إقالتهم من عيها إذا كان لهم من سنهم أو خلقهم أو ماضيهم أو طبيعة الجريمة التي ارتكبوها أو ظروفها، ما يرشح لعدم عودتهم مستقبلا إلى الإجرام.

فلا تكون هذه العناصر جميعها غير ضوابط يتحرونها ويقيمونها على دعائم من القرائن وعيون الأوراق، ليحدد كل قاض على ضوئها، عقوبة للجريمة سواء في نوعها أو قدرها. فلا يبتدع عقوبة جديدة لا نص عليها. وإنما يتولى تقديرها بما لا يعطل سلطة وقف تنفيذها، أو يبدلها بغيرها، وذلك استصحابا لأصل في العقوبة، مؤداه تفريدها لا تعميمها<sup>(١)</sup>.  
Individualization of punishment

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣ - قاعدة رقم ٣- ص ٦٧ وما بعدها من الجزء ٨ من أحكام المحكمة.

### المبحث السادس معايير وضوابط الجزاء الجنائي

٦٥٤- لأن كان الجزاء -جنائيا كان أم تأديبيا أو مدنيا- يفترض أن خطأ معينا لا يجوز تجاوزه؛ وكان جوهر العقوبة وأغراضها من أكثر المسائل التي احتكم الجدل حولها، إلا أن العقوبة تحكمها بوجه عام معايير أهمها:

١. أن العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، تبلور مفهومها للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها ميل الجماعة أو حرصها على إرواء تعطشها للنار والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا وتكفيرا عما لاءه<sup>(١)</sup>. بل يتعين أن يكون هذا الجزاء تعبيراً منطقياً عن حدود الاعتدال، على أن يكون مفهوماً أن ضوابط الاعتدال تنسم بالمرونة، وتميل إلى الاتساع بقدر تطور الجماعة، وعلى ضوء نظرتها المتغيرة للحدود التي يعتبر الجزاء فيها إنسانياً يحفظ للناس كرامتهم. وبوجه عام يعتبر الجزاء قاسياً كلما صدم توقعا معقولاً لأوساط الناس، بأن آثار الإثم تنزل العام أو أن كان همجياً، أو حط من قدر الجناة بغير مبرر، أو كان منافياً للمعايير التي يكون بها منصفاً.

والطبيعة المتطورة لضوابط قسوة الجزاء الجنائي، هي التي أسس عليها رئيس القضاة Warren القول بأن معنى العقوبة القاسية، يستتبط من المقاييس المتطورة لجماعة ملتزمة، تعبيراً منها عن نضجها ورفق حسها<sup>(٢)</sup>

٢. أن ما يعتبر جزاء جنائياً في النظم الجنائية، لا يجوز أن يقل مداه عن عقل جبان محتمل - عما يكون لازماً لحمله على أن ينتهج طريقاً موبياً، لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها في تقديره - إذا ما عقد العزم عليها - أكثر قائدة من تجنبها. ذلك أن عقوبة الجريمة التي لا تربو وطأتها في عقل المخاضين بالنظم الجنائية. على مزاي ارتكابها، تحض عليها وتسهل أمرها. ويتعين بالتالي أن يقدر المشرع مبلغ العقوبة على سوء خطورة الجريمة، أو درجة إجرام مرتكبها، أو هما معا.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٦/٨/٢ - قاعدة رقم ٣- ص

٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

٣. لا يجوز أن تكون العقوبة في أثرها، أداة عاصفة بالحريّة، تقمعها أو تقيد بها بالمخالفة للقيم التي ارتضتها الدول الديمقراطية في مظاهر سلوكها على اختلافها. وهي قيّم تظل في ضوابطها المعاصرة، إطاراً للنظم الجنائية جميعها. وإذا كان من المقرر أن الحرية في كامل أبعادها لا تتفصل عن حرمة الحياة، وأن حقوق الإنسان وحياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها وزنها، فقد تعين موازنة حقوق الجماعة ومصالحتها الأساسية، بحقوق الفرد قبلها، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تقويضها لأهدافها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الجزاء الجنائي -في أثره أو على ضوء طرائق تنفيذه- منافياً للقيم التي ارتضتها الأمم المتحضرة. وهو يكون كذلك إذا تحصن تعذيباً، أو انتهاكاً في غير ضرورة لحرمة البدن، أو إخلالاً بالعرض<sup>(٢)</sup>، أو إيلا ما غير مبرر كجر الجناة في الطريق إلى مكان تنفيذ عقوبتهم، أو إغراقهم أو حرقهم أحياء أو تعقيمهم أو إذلالهم، أو تحطيمهم عقلياً؛ أو وسهم بالنار علي وجوههم أو أيديهم؛ أو تجريسهم، أو فصل أيديهم وأذانهم أو أعناقهم، أو نزع لظافرهم أو تقطيعهم إلى أجزاء أو إلى شرائح.

٤. لا يعتبر تفلّظ عقوبة الجريمة الأخيرة في حالة العود Habitual offender laws مخالفاً للمستور. إذ ينظر للجناة العائدين على تقدير تأصل الإجرام فيهم، وأن انحرافهم صار عادة ألفوها ومنهجاً متصلاً، وأن الأمل في تقويمهم ضئيل إلى حد كبير.

٥. إذا أنشأ المشرع جريمتين لحماية المصلحة الاجتماعية ذاتها، تعين أن يقرر لإحدهما عقوبة أشد من تلك التي يضعها للثانية، حتى إذا فاضل جان محتمل بين الجريمتين، اختار أقلهما إيلا، انصرفاً عن العقوبة الأكثر قسوة.

٦. يتعين ملاءمة العقوبة مع الجريمة التي تخصها في كافة عناصرها وظروفها حتى يزنها بالقسط من يتجهون إلى ارتكابها. فلا يقدمون عليها أصلاً، أو يرتكبونها بوسائل مختلفة، تمثل خطراً أقل على قيم الجماعة وثوابتها.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٦/٨/٣- قاعدة رقم ٣- من ٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورية عليا- القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢- من ٣٩٣ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

٧. على المشرع أن يصمم العقوبة ليمنع للجاني من العودة إلى الجريمة، أو من إتيان غيرها خلال فترة من الزمن. وهو بذلك يؤمن الجماعة من مخاطر الإخلال بنظمها الجنائية، ويصون أفرادها كذلك من الانزلاق إلى جريمة لا يأمنون عواقبها، ولو توافرت لهم الفرص التي تفريغها بها.

٨. الأصل في العقوبة -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلا ما غير مبرر، يؤكد قسوتها في غير ضرورة<sup>(١)</sup> Unnecessary cruelty and pain .

ولئن صح القول بغموض المعايير القاطعة التي يتحدد على ضوئها مجافاة العقوبة لضوابط الاعتدال؛ إلا أن من المقرر -وعلى الأخص من ناحية تاريخية- أن كل عقوبة بربرية أو تعذيبية أو مهينة لفرد -ويندرج تحتها صلبه أو إحراقه أو غليه حيا، أو تحطيم عظامه أو تمزيق أطرافه أو سحق أوصاله، أو قتله بصورة بطيئة - لا يجوز القبول بها لمخالفتها الدستور. ذلك أن قيم العدل أو معيشتها وثوابتها، تفرض تناسبا بين العقوبة والجريمة

It is a precept of justice that punishment should be proportioned to the offence

وتعتبر العقوبة المتراخية في أجلها، والمرهقة في تنفيذها دون مقتض، مخالفة للدستور، وعلى الأخص كلما قام الدليل على اندام تناسبها مع الجريمة.

٩. وامتناع الخلو في العقوبة، يفترض أن نكون بصدد جريمة حدد المشرع ركنيها وفقد الدستور والقانون. ولا كذلك أفعال يؤتمها المشرع بالمخالفة للدستور، إذ تسقط الجريمة بعقوبتها، ولو كان مبلغها ناقصا.

١٠. وكلما كان الجزاء واقعا في غير ضرورة؛ صار مخالفا للدستور. فلذنين يهجرون الجيش، يتخلون عن أداء الخدمة العسكرية بغير نية العودة إليها. وذلك لأسباب مختلفة من بينها الفرع أو الهستريا أو عدم التوازن العاطفي. وهي بعد جريمة يرتكبها الجنود حتى في أماكن تدريبهم<sup>(٢)</sup>. فإذا جردهم المشرع من جنسيتهم، كان ذلك أسوأ من تعذيبهم.

(١) الحكم السابق - ص ٤٠٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

فضلا عن أن هذا التجريد يسقط كافة حقوقهم، ويحلهم بصفة نهائية عن مجتمعهم، ويجطهم هائمين علي وجوههم لا يعرفون لهم مستقرا، ويعرضهم كذلك لمزيد من المعاناة ويعيق خوفهم. فلا يكون هذا التجريد غير مصير أسود تنبذه الدول الديمقراطية جميعها.

١١. لئن عارض البعض عقوبة الإعدام قولا منهم بأنها تتناقض كرامة الفرد؛ ومرفوضة خلقيا، ومغالى فيها Morally unacceptable and excessive؛ وأن الذين يتحملون عادة بها فقراء لا يملكون موارد كافية يردون بها هذه العقوبة عنهم، من خلال توظيفهم محامين متميزين يدفعونها؛ ولها بذلك عقوبة لا شأن لها بالأثرياء الذين يוכלون عنهم أفضل المحامين وأكثرهم نفوذا؛ بما يخل -ضمننا- بشرط الحماية القانونية المتكافئة؛ وكان آخرون قد قرروا أن عقوبة الإعدام، قاسية في ذاتها Per se وليس لها ما يبررها. ولا يكتل توقيعها تحقيق غرض مشروع، وكثيرا ما تم تطبيقها بطريقة تحكمية، وعلى ضوء نزوة عابرة أحيانا Arbitrariness and Capriciousness؛ إلا أن هذه الآراء -وليا كان قدر وجهتها- تظل اجتهدا لأصحابها لا يناقض حقيقة أن هذه العقوبة لا تزال قائمة في دول كثيرة تحيط توقيعها بكل ضمانات منطقية تقتضيها حقائق العدل، سواء كان الإعدام شنقا، أو تم رميا بالرصاص أو صقلا بالكهرباء، أو قتلًا بالغاز الخانق<sup>(١)</sup>.

وهي عقوبة شرعتها الأديان جميعها، وفرضها الله تعالى في نطاق الحق في القصاص، وزجرا لهؤلاء الذين يقتلون النفس الواحدة بغير الحق، فكأنهم قتلوا الناس جميعا.

ولا يبقى بعد هذا غير النظر إلى عقوبة الإعدام من جهة شروط توقيعها، وأهمها ضرورة أن تؤخذ بقدر كبير من الحذر؛ وأن يكون توقيعها في حدود ضيقة؛ وأن تحقق المحكمة في الجريمة من جهة ظروفها والخصائص للشخصية لمرتكبها؛ وأن تتدخل في اعتبارها كافة العوامل التي ترشح لتخفيفها، ولو أغلغل المشرع ببيانها، أو سها عن تحديد بعضها<sup>(٢)</sup>.

١٢. ولا يعتبر جلد الزنى والزانية عقابا منافيا حدود الاعتدال، إذ هو من حدود الله تعالى التي لا تقبل تحديلا.

(١) Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947); See also Furman v. Georgia- 408 U.S. 238 (1972); Gregg v. Georgia, 428 U.S.153 ( 1976 )

(٢)عكس ذلك الظروف المشددة التي لا يجوز الأخذ بها إلا إذا نص عليها المشرع، وحددا حصرا، أو بينها بطريقة واضحة لا تجهيل فيها.

١٣. كذلك لا يعتبر عقابا لعماد الأجنبي عن غير بلده إذا أخل بتشريعاتها أو نظمها القانونية، وعلى الأخص كلما تم هذا الإبعاد لمجرد وقوع هذا الإخلال من وجهة نظر الدولة المضيفة. ومن ثم جاز لمواطني الدول المعتبرة أطرافا في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، الطعن على قرارات إبعادهم الصادرة من الدول الأجنبية التي أقاموا بها، على أساس مخالفتها لحقوقهم الجوهريّة التي تكفلها لهم هذه الاتفاقية.

١٤. ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على تعويق العدالة، مجافية للمنطق إذا جعلها واقعة بين حدين لا يزيد أقصاهما عما يعتبر جزاء مناسباً لهذه الجريمة، وإن وجب القول بأن عقوبة الغرامة التي يكون مبلغها كبيراً؛ وعلى الأخص إذا سجن من لم يوفها لمئين عديدة جزاء عدم دفعها - تعتبر مخالفة للدستور.

١٥. وعلى الجهة القضائية التي تباشر رقابتها على دستورية العقوبة، أن تتحقق أولاً من اتصالها بأفعال يجوز تأنيبها وفقاً للدستور.

فإن كانت هذه الأفعال كذلك، تعين عليها بعدئذ أن تنظر في مضمون العقوبة وأثرها، لتحديد قسوتها أو اعتدالها.

فإذا بان لها وحشيتها، أو منافاتها من أوجه أخرى للقيم الإنسانية؛ كان عليها أن تسقط هذه العقوبة ومعها الجريمة التي تنصل بها.

٦٥٥- وليس في دستور جمهورية مصر العربية نص يحظر الظو في العقوبة أو الإفراط في كيفية تنفيذها؛ إلا أن أمرين ينبغي ملاحظتهما في هذا الشأن.

أولهما: أن الدساتير جميعها تولي اعتبارها ليس فقط للشعور القديمة، وإنما كذلك لما يجد مستقبلها منها.

ثانيهما: أن شرط اعتدال العقوبة منطور بطبيعته. وهو بذلك غير منحس في مفاهيم جامدة. ذلك أن المعاني الجديدة التي تضفيها العدالة الإنسانية تعتبر من مكتسباته.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الدستورية العليا - في مجال تفسيرها المنطور لنصوص الدستور، ونظرتها الوعية لضرورة تطويعها لروح العصر - أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمح في الدولة القانونية عليها، وتنقذ هي بها، إنما يتحد على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية، واستقر أمرها على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة؛ وأن

خضوعها للقانون -محددًا مضمونها ونطاقًا على ضوء مفهوم ديمقراطي- بقضيتها ألا تخلل بالحملة الدستورية التي توغرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا التي تقوم بها متطلباتها التي تواتر العمل على القبول بها في الدول الديمقراطية؛ ولا أن تفرض على تمتعهم بها، أو مباشرتهم لها، غير القيود التي ارتضتها هذه الدول، سواء تعلق الأمر بمضمون هذه القيود، أو بمداهها.

ولا يجوز بالتالي أن تقوض الدولة القانونية، فرائض وجودها التي يندرج تحتها صون الحرية الشخصية التي اعتبرت المادة ٤٨ من الدستور حقًا طبيعيًا. وهي حرية يتفرع عنها ولازمها، حظر تقرير عقوبة تفرضها الدولة "بتشريعاتها"، تكون مهينة في ذاتها؛ أو ممعنة في قسوتها؛ أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة؛ أو من شأنها معاقبة للشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup> <<.

٦٥٦- على أن للنظر المتقدم، وإن قام على اجتهد من المحكمة الدستورية العليا، تخرج به العقوبة المغالى في مبلغها أو وسيلة تنفيذها من نطاق الحماية الدستورية؛ إلا أن كثيرا من الدساتير تقرر ذلك بنصوص صريحة فيها. من بينها نص المادة ٢١ من دستور الدولة الفيدرالية الروسية<sup>(٢)</sup> La Federation de Russie التي تنص فقرتها الأولى بأن كرامة الفرد تحميها للدولة، ولا يجوز خفضها على أية صورة.

وتحظر فقرتها الثانية إخضاع أي فرد لتدبير عنيفة أو تعذيبية، أو معاملته أو مجازاته بطريقة وحشية، أو محطته بالكرامة الإنسانية، أو إخضاعه سبغير رضاه- لتجربة طبية أو علمية أو غيرها.

ويبين كذلك من قراءة القانون الأساسي الألماني -٢٣ مايو ١٩٤٩- أن كافة حقوق الفرد مرجعها إلى كرامته، وذلك بما تنص عليه مبادئه الأولى من أن كرامة الفرد لا يجوز الإخلال بها؛ وأن على كل سلطة في الدول احترامها وحمايتها؛ وأن مفاد صونها أن يكون للناس جميعهم حقوق لا يجوز انتهاكها، ولا يرد تقادم عليها، باعتبارها أساس تكوين كل

(١) يلاحظ هنا أن المحكمة الدستورية العليا أشارت إلى العقوبة التي تفرضها الدول بتشريعاتها، حتى تستبعد من نطاقها العقوبات التي قررها القرآن الكريم والتي تجادل في قسوتها الدول الغربية، كمقوبة قطع يد السارق.

(٢) ووفق على هذا الدستور في استفتاء نسب في ١٢/١٢/١٩٩٣، ونشر في الحريدة الرسمية في ١٩٩٣/١٢/٢٥.



جماعة بشرية، ونقطة ارتكاز لتحقيق السلم والعدالة على امتداد الأقطار جميعها. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨ من دستور Andorra على أن للناس جميعهم حقاً في تكامل أيدانهم وقيمتهم الخلقية، ولا يجوز تعذيبهم ولا عقابهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة أو غير إنسانية. وهو ما تقرر كذلك بالتعديل الثامن للدستور الأمريكي، وإن كان هذا الدستور قد نص على أن العقوبة أو المعاملة المحظورة، هي التي يتوافر فيها وصفان هما قسوتها وشذوذها.

٦٥٧- ويفترض دوماً في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة التي تتعلق بها، أن تكون الأفعال التي تدخل في تكوين الجريمة، جائزةً تأثيماً، وإلا تعين الحكم بسقوط الجريمة ومعها عقوبتها.

٦٥٨- ويبدو بالتالي محل نظر، قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات<sup>(١)</sup>. ذلك أن الدعائم التي قام عليها، ومع التلميع بصحة النتيجة التي دونتها المحكمة في منطوق حكمها، تتسم باضطرابها وبعدها عن التحليل المنطقي.

فقد كان يكفي لحمل هذا المنطوق، أن تقرر المحكمة أن الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة، لا يجوز دستورياً تأثيماً، بالنظر إلى تطققها بالنوايا الفائرة في دخائل النفس، والتي لا صلة لها بالأفعال التي يجوز مؤاخذه الشخص على ارتكابها. ذلك أن العاللق التسيي تؤسمها القوانين الجنائية، هي تلك التي تتمحض سلوكاً خارجياً يتخذ مظهراً واقعياً. وهي بذلك تعبیر عن إرادة إثبات الجريمة. ولا كذلك النوايا التي لا تبلور سلوكاً مادياً خارجياً. وإنما تقوم الجريمة بأفعال لا تخطئها العين، وليس بالنوايا التي تتغلّق النفس عليها؛ فلا يعرفها أو يضلار بها أحد ما ظل كمونها في الصدور قائماً<sup>(٢)</sup>.

(١) تنضی الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من قانون العقوبات بما يأتي:

يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان أو أكثر على ارتكاب جنية أو جنحة ما، أو على الأعمال المجسزة أو المسهلة لارتكابها. ويعتبر الاتفاق جنائياً سواء كان الغرض منه جائزاً أم لا إذا كان ارتكاب الجنايات والجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه. وتنص فقرتها الثانية على أن كل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنايات أو تخلفها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، يعاقب لمجرد اشتراكه بالمسجن، فإذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب الجنح أو تخلفها وسيلة إلى الغرض المقصود منه، يعاقب المشترك فيه بالحبس. (انظر في عدم دستورية هذه المادة، حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلستها المنعقدة ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق "دستورية" ص ٩٨٦ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٥٩- بيد أن المحكمة الدستورية العليا لا تقيم حكمها علي هذه الدعامة وحدها، لكنها تؤسس لإبطالها لنص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، علي دعامتين آخرين لأولهما: غموض نص هذه المادة، وثانيتهما: أن العقوبة المقررة بها تقتدر إلي تناسبها مع الجريمة المنصوص عليها فيها.

والأمران كلاهما محل نظر. ذلك أن غموض النص العقابي وعدم مقولية العقوبة التي فرضها، يفترضان تعلق هذا النص بأفعال يجوز تأنيبها. ومن غير المتصور أن يكون التحضير للجريمة أو العزم عليها، محل مؤاخذه جنائية، إذا ظل هذا التحضير أو العزم في إطار النوايا التي تختلج للنفس بها، فلا يبصرها أحد. إذ كان ذلك، وكان للتجريم المقرر بنص المادة ٤٨ المشار إليها منصرفا إلى النوايا التي لا يجوز تأنيبها؛ فإن الخوض في غموض هذا النص، أو في انطوائه علي عقوبة جاوز بها المشرع حدود الاعتدال، يكون لغوا. يؤيد هذا النظر.

أولاً: ما قرره محكمة النقض من أن شرطى التنظيم والاستمرار - وهما شرطان تطلبتهما المحاكم المختلفة للحد من غلواء جريمة الاتفاق الجنائي المنصوص عليها في المادة ٤٨ ع - غير لازمين لوجود هذه الجريمة التي تتوافر أركانها بمجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر علي إتيان جنائية أو جنحة، ولو لم تتعين؛ أو علي الأعمال المجزأة أو المسهلة لها، ولو لم تقع الجريمة محل الاتفاق الجنائي<sup>(١)</sup>. وقضاؤها بذلك يدل علي أن نص المادة ٤٨ ع يتمحض في بعض الصور، عقابا علي مجرد العزم علي الجريمة أو علي الأعمال التحضيرية لها، بالمخالفة لنص المادة ٤٥ ع التي تقضي بأن الشروع في الجنائية أو الجنحة، لا يتحقق بمجرد العزم علي ارتكابها ولا بالأعمال التحضيرية لها؛ ومن ثم تتعلق جريمة الاتفاق الجنائي في بعض صورها بالمرحلة السابقة علي الشروع في الجريمة، بما يقيما في جوهر بنيانها علي مخالفة نصوص الدستور التي لا تأذن بالتجريم فيما وراء الأفعال التي يجوز أن يشكل المشرع منها مادة الجريمة.

ثانياً: إذ كان نص المادة ٤٨ ع، يفيد أن مجرد الاتفاق بين شخصين علي إتيان الجريمة والعزم عليها أو التحضير لها، يعتبر كافيا لتكوين مآنتها، ولو لم يرق هذا التحضير إلى مرحلة الشروع في ارتكابها؛ ولم يزد هذا العزم علي مجرد النوايا التي يضمها الجناء المحتملون في أنفسهم، ولا يتخذون عملا ماديا للتعبير عنها؛ فإن نص المادة ٤٨ المشار إليها

(١) الطعن رقم ١٩٨٨ لسنة ٣٤ قضائية - جلسة ١٠/٥/١٩٦٥ - من ١٦ ص ٤٤١ لأظهر كذلك الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٢ - جلسة ١٩٣٣/١/٢٣.

يكون مقيدا الحرية الشخصية في غير ضرورة، ومجاوزا الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها التجريم.

ولا كذلك أن يكون التجريم محظورا دستوريا. إذ يخل بنيان الجريمة ذاتها أيا كان قدر عقوبتها. ومن ثم تسقط الجريمة لامتناع تأثيم الأفعال التي تكونها. ولا يكون ثمة وجه لإيقاع عقوبتها بعد زوال مطها؛ ولا للخوض فيما إذا كان مقدارها غلوا مجاوزا الاعتدال أو واقعا في حدود منطقية لا تحكم فيها

ثالثا : أن جريمة الاتفاق الجنائي -في الحدود التي عينتها محكمة النقض إطارا لها- لا تجهيل فيها حتى يسوغ القول بأن الغموض يشوبها أو يحيط بها. وإنما تقوم هذه الجريمة على أركان فصلتها محكمة النقض التي تقوم من المحاكم جميعها بوظيفة تععيد القواعد القانونية التي تلزمها بتطبيقها.

رابعا : إذ كان ما تقدم، فقد كان يكفي للحكم بعدم دستورية نص المادة ٤٨ ع، أن تؤسس المحكمة الدستورية العليا قضاءها في ذلك على دعامة وحيدة قوامها، أن الأفعال التي تكون مادة هذه الجريمة -في كثير من صور تطبيقها- لا يجوز تأثيمها. فذلك وحده هو المدخل المنطقي للحكم بعدم دستورتها. وغير ذلك ليس إلا تريدا، وخططا بين مفاهيم دستورية لكل منها مجال لتطبيقها مقصور عليها<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في الأسباب التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، حكمها الصادر في ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية".

### المبحث السابع

#### مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٦٦٠- تقرر المحكمة الدستورية العليا في ذلك ما يأتي:

١. أن النصوص القانونية وحدها -بعموميتها وانتفاء صفتها الشخصية- هي أداة التجريم وأنه كان للسلطة التشريعية أن تحدد لشروط التجريم إطارها العام على أن تتولى السلطة التنفيذية تفصيل بعض جوانبها، فليس ذلك مؤداه أن تكون سلطتها في ذلك مجالاً محجوزاً لها، إذ يظل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتسولا بمبادرة منها ليس لها سند من قانون قلم<sup>(١)</sup>.

٢. إن الجزاء الجنائي لا يفترض، ولا عقوبة بخير نص يفرضها. وكلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائمة ومبرراً؛ فلن فرض المحكمة لخياراتها، لتحل محل تقدير المشرع لنوع الجزاء أو مداه، يكون مغالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٣. ينبغي أن يحول الجزاء الجنائي دون الولوغ في الإجماع؛ وأن يستلهم كذلك أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها؛ وأن يكون عقابهم عنها، كافلاً تأهيلهم لحياة أفضل حتى تنتهي للقواعد التي تدل العدالة الجنائية على ضوئها، ما يراد لها من الفعالية، وما تتوخاه من تحقيق التوازن بين حقوق المتهم وسلطة الاتهام. وهذه العوامل جميعها هي التي ينبغي أن يحيط بها الجزاء الجنائي، وأن يصاغ على هديها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره<sup>(٣)</sup> Single - valued approach.

٤. لا يدخل إزاء المتهم أو التعرض به في إطار المياسة الجنائية القوية، التي تناهض الإخلال الخطير كل إخلال غير مفهوم بالحرية الشخصية<sup>(٤)</sup>.

٥. ليس شرطاً لأعمال مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، أن يكون الجزاء الجنائي محدداً تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن النص العقابي تلك العناصر التي يكون معها الجزاء الجنائي قابلاً للتحديد، ومعيناً بالتالي بما لا إفضاء فيه إلى التحكم<sup>(٥)</sup>.

(١) (١) و(٢) و(٣) و(٤) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧- ص ٢٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. وذات المبادئ مرددة في القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" - جلسة ٥/٨/٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٨١- ص ٦٨٨ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧- ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

٦. لا يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور، إلا إذا اخلل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه؛ وطبيعة الجريمة التي تتعلق بها. ذلك أن هذا الجزاء يعتبر عقاباً واقعاً بالضرورة في إطار اجتماعي؛ منظوياً غالباً من خلال قوة الردع على تقييد الحرية للشخصية؛ قائماً على قيم ومصالح اجتماعية تبرره.

ويتعين بالتالي أن يكون جزاء الجريمة متدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها حتى لا يتمحض إعنائاً. ومن ثم لا يعتبر الجزاء موافقاً للدستور إلا إذا استلهم ضرورة اجتماعية، لا تناقض الأحكام التي تضمنها<sup>(١)</sup>.

فإذا ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة للنزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها، كان موافقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٧. لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التي جرمها المشرع من خلال عقوبة قرنها بإتيانها، أو بتركها<sup>(٣)</sup>.

٨. تبلور العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها حرص الجماعة على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم نكالا؛ وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل في مداه عما يكون لازماً لحمل الفرد على أن ينتهج طريقاً سوياً لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها.

وسواء أسهم هذا الجزاء في تقويم من أصابهم؛ كان كافلاً ردع غيرهم؛ أو باعد بين الجناة والجماعة التي صاروا من أفرادها؛ أو كان كل ذلك جميعاً؛ فإن كثيرين من الفقهاء يفرقون بين نوعين من الردع:

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "تسورية" جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٢٨ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) (٣) "تسورية" عليا القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "تسورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٢١ من الجزء ٨ من مجموعة أحكامها.

أحدهما: ردع عام: ويتمثل في العقوبة التي يتكرج بها المشرع على ضسوء خطورة الأفعال التي أئفها، ليحمل من خلال وطأة العقوبة وعيئها، جناة محتملين على الإعراض عن الجريمة وانتباذاها.

وثانيهما: ردع خاص: يتحقق في شأن جريمة نسبتها سلطة الاتهام بعد ارتكابها إلى شخص معين؛ لتحدد المحكمة نطاق مسؤوليته عنها ،ولتقدر عقوبتها تقريداً لها عند الحكم بها، ضمناً لتناسبها مع الجريمة التي قارفها، وكرد فعل لها.

ومن ثم لا يتعلق هذا النوع من الردع باحتمال تحقق خطورة إجرامية، وإنما بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية.

ولا تعدو هذه الصورة من صور الردع أن تكون تعبيراً عن مفهوم الجزاء -من منظور اجتماعي- باعتباره عقاباً منصفاً قدره القاضى في شأن جريمة بذاتها عرض عليه أمرها، فلا يحدد عقوبتها جزافاً، وإنما من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة بمن ارتكبها، لتقابل حدود مسؤوليته جنائياً عنها، وبقدرها، بما يؤكد معقوليتها<sup>(١)</sup>.

٩. تفريد القاضى للعقوبة يتصل بجوهر الوظيفة القضائية، ويتعلق بعوامل موضوعية مردها إلى الجماعة في ذاتها، وبعنصر شخصية تعود إلى مرتكبها. ولا يجوز بالتالى أن يقيد المشرع من نطاق هذه الوظيفة عن طريق التداخل في مكوناتها، وإلا كان ذلك تحريفاً لها<sup>(٢)</sup>.

١٠. مناط شرعية الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً لم تأديبياً- أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أئفها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها. ذلك أن الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها؛ نأياً بها عن أن تكون إلاماً غير مبرر، يؤكد قسوتها في غير ضرورة. ولا يجوز بالتالى أن تتناقض بمداهها، أو بطرائق تنفيذها، القيم التي لرتضنتها الأمم المتحضرة، مؤكدة بها لبقاء حصها، تعبيراً عن نضجها على طريق تقدمها، واستواء فهمها لمعايير الحق والعدل التي لا يصادم تطبيقها ما يراه أوساط الناس تقييماً خلفياً واعياً لمختلف الظروف ذات الصلة بالجريمة<sup>(٣)</sup>.

(١) (٢) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قصلقية "ستورية" -جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "ستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٧- ص ٢٥٢ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١١. كلما كان الجزاء الجنائي بغضاً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع الجريمة، كان هذا الجزاء غير مبرر. ذلك أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم، حدها قواعد الدستور. فلا يؤتم أفعالا في غير ضرورة اجتماعية، ولا يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة<sup>(١)</sup>.

١٢. لا يجوز إعمال نصوص عقابية يمس تطبيقها إلى مركزه المتهم؛ ولا تفسير هذه النصوص بما يخرجها عن معناها أو يهدر مقاصدها؛ ولا مد نطاق التجريم - وبطريق القياس - إلى أفعال لم يؤتمها المشرع - بل يتعين دوماً - وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير - أن يرجح القاضي من سببها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية في إطار علاقة منطقية بين النصوص الجنائية وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها أو التي يمكن افتراضها عقلاً<sup>(٢)</sup>.

١٣. لا ينفصل تأثيم المشرع لأفعال بذواتها، عن عقوباتها التي يتعين أن يرتبط فرضها بمشروعيتها، وبضرورتها، وبامتناع رجعيته كلما كان مضمونها أكثر قسوة، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع.

وتتعلق هذه الضوابط جميعها بكل جزاء يتمحض عقاباً، ولو عهد المشرع بالنطق به إلى جهة غير قضائية<sup>(٣)</sup>.

١٤. تكون العقوبة أرفق بالمتهم، إذا كانت في محتواها Le contenue أو لو صافها Les modalites أو مبلغها Le quantum des peines أقل شدة من غيرها، وأهون أثراً بالنسبة إليه. ويقتضى اختيار العقوبة الأرفق لتوقيعها على المتهم، أن تقارن القوانين الجزائية التي تتزاحم على محل واحد ببعض؛ وأن نتحقق من اتفاقها جميعاً مع الدستور؛ ونقاوتها في عقوباتها فيما بينها. فإذا استقام في الفهم أن القانون اللاحق أهون في العقوبة التي فرضها من القانون القديم، تعين أن يخلى هذا القانون مكانه للقانون الجديد؛ وأن يطبق هذا القانون منذ

(١) ص ٢٥٢ - الحكم السابق. وراجع كذلك في هذا المعنى الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) (٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٧ - جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

صدوره باعتباره أعون على صون الحرية الشخصية. ذلك أن ضمان هذه الحرية لا يناقض حقوق الجماعة، وضرورة التحوط لنظامها العام، إذ هما مصلحتان متوازيتان.

وما إنفاذ القانون الأصلح منذ صدوره غير توكيد للقيم التي أتى بها، والتي نقض بها القيم التي احتواها القانون القديم. وكلاهما تعبير عن الضرورة الاجتماعية التي استلهمها في زمن معين. لا فارق بينهما إلا في جزئية واحدة، هي أن القانون الجديد صار أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم، وأصون لحياتهم. ذلك أن الحرية الشخصية وأن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن القانون الأرقق بالمتهم يحميها، سواء صدر هذا القانون منهيًا تجريم أفعال أئمتها قانون سابق، أم كان معدلاً من تكيفها، أو مغيراً من بنیان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يمحو عقوبتها أو يخففها<sup>(١)</sup>.

١٥. مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، ضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضى أفعالا ينتقها، ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره؛ ولا يبتدعها ولو كان الحق والعدل في جانبها، ولا يقبس أفعالا مباحة علي أفعال جرمها المشرع. وصار التائبم بالتالي -العقوبة هي التي تقضى إليه- عملاً يختص به المشرع، وبمراعاة أن سريان القوانين الجنائية لا يكون إلا مباشراً لا رجعيًا.

ذلك أن القيم التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا تبلورها غير السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم. فلا تعبر عن إرادتهم إلا من خلال سلطة التقدير والتقرير التي تحدد على ضوئها الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقوباتها لضمان مشروعيتها.

١٦. ضمان المشرع للحرية الشخصية، لا يفيد بالضرورة عل يده عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن صونها يفترض إمكان مباشرتها دون قيود جائزة تعطلها أو تحد منها؛ وليس إسباغ حصانة عليها تغنيها من تلك القيود التي تقضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(٢)</sup>.

١٧. يكون الجزء مطلوباً إذا جاوز الجاني الحدود التي يجوز التسامح فيها. ويتصاعد الجزء كذلك علواً علي ضوء درجة خطورة الأفعال التي جرمها المشرع ودرجة جسامتها In ascending order of severity. ويتعين أن يتحدد مداه دوماً بقدر وطأة الجريمة وجسامتها،

(١) ص ٤١٨ و ٤١٩ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ قاعدة رقم ٣٢ - ص ٥٠٦ وما بعدها



فلا يكون هينا في جريمة خطيرة، ولا غليظا فيما دونها. وكلما فرض المشرع عين الجزاء على أفعال غشيبها للتناثر فيما بينها، سواء في مضمونها أو عواقبها؛ كان مجاوزا بمدها حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، منتها إلى تساويها فيما بينها. فلا يزن المشرع -بالقسط- لكل فعل منها جزءا ملائما، ولا يعطي كل جريمة ثوبا<sup>١</sup> يلتزم وبينائها، وإنما يقيس أقل الأفعال خطراً على أكثرها جساماً<sup>(١)</sup>.

١٨. يصل الجزاء الجنائي المعقد للحرية -في منتهاه- إلى الإيداع في السجون التي صمم بناؤها كاملاً لا تتوخى غير حفظ المنبئين بها وكأنهم أشياء لا قيمة لها. فلا تكون لهم حتى الحقوق التي تتطلبها ضرورياتهم في الحياة أو احتياجاتهم الإنسانية حتى في حدها الأدنى. ذلك أن القائمين على السجون لا يعملون من أجل إعادة تأهيلهم إلا في نطاق محدود. وهو ما يؤكد علم الإحصاء من استقصاء أعداد العائدين من المجرمين Recedivists -لا إلى الجريمة ذاتها- بل إلى جريمة للاح ثراً. ويزيد من خطورة الأمر، أن كثيراً من الجرائم لا يتم الإبلاغ عنها. وحتى بعد تبليغها إلى المسؤولين عن مكافحة الجريمة وتعبئها، فإن جنايتها أحياناً يظلون مجهولين؛ ولا تمتد إليهم يد العدالة. ولكنها قد تحيط بأخرين يسرون أن سوء حظهم، وليس سوء سلوكهم، هو ما أوقعهم في قبضتها.

١٩. كذلك يسخط بعض الجناة بسخطون علي مجتمعهم، ويشأرون بالجريمة التي يرتكبونها، من تنكس أوضاعهم فيه، سواء بالنظر إلى بطالتهم، أو إلى انتمائهم إلى لقائفة مضطهدة؛ أو إلى معاملتهم على وجه يحط من كرامتهم. بل إن نظم العدالة الجنائية في بلاد ما، كثيراً ما تزيد من احتقار الجناة المحتملين Potential offenders للقيم الاجتماعية السائدة فيها؛ وعلى الأخص لأنهم لا يستطيعون غالباً الحصول على محامين مقترين مما يدفعهم إلى الإقرار بذنوبهم، قبل أية محاكمة فعلية. وحتى في الأحوال التي توفر التولية لهم فيها محامين تدبهم للدفاع عنهم؛ فإن هؤلاء لا يهتمون كثيراً بتحقيق العدالة والعمل من أجل إرسائها. ولكنهم ينصرفون إلى شئون أخرى تعجبهم بدرجة أكبر، ما لم يكن للقضية التي يندبسون لها وقعها الخاص عند الجماهير، فلا تكون خلفيتها إلا مدخلاً لشهرتهم.

فضلاً عن أن الجناة السابقين Ex-convicts يعاملون كمذنبين حتى بعد الإفراج عنهم، ولو بذلوا جهداً عريضاً وصادقاً، لتوفيق أوضاعهم مع الجماعة، والتفقد بنظمها وقيمها. كذلك يحشر الصغار الذين يرتكبون الجريمة للمرة الأولى، إلى جوار الأشقياء الذين أوغلسوا في

(١) 'دستورية عليا' القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨، قاعدة رقم ١٠٤-ص ١٣٦٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا -

الجريمة، وأنفوها كنمط لحياتهم. وقد يعهد القائمون على إدارة المسجون -وبالنظر إلى قلتهم- بضبط نظامها، وعلى الأقل في بعض جوانبه- إلى أكثر السجناء غِلظةً، وأبغضهم إلى رفقائه. فلا يكون فرض الأمن دليلاً إلا من خلال التصحية بحكم القانون وبالعادلة، ليخرج المودعون في هذه المسجون منها، أشد إجراماً وأكثر تمرداً على مجتمعهم.

وفي إطار هذه الأوضاع المقيتة، صار ينظر إلى قسوة العقوبة، ليس فقط على ضسوء مبلغها عند الحكم بها. وإنما كذلك على ضسوء كيفية تنفيذها التي كثيراً ما تزيد من أمراض العقوبة، وتحيلها عينا فادحا على من أصابتهم بقيودها.

### المبحث الثامن

#### القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة

٦٦١- لا يفترض في النظم الجنائية أنها نظم خيالية تبلور فيما نظريته هاتمة في الفراغ. وإنما هي نظم واقعية تتطور مفاهيمها في إطار الحرية المنظمة التي لا يجوز إهمال متطلباتها حتى في أسوأ الجرائم وأفحشها The most heinous crimes.

ذلك أن هذه النظم تحدد -من خلال إجراءاتها وقواعدها الموضوعية- نطاق الحقوق التي تكفلها للمخاطبين بها، والتي توازن بها بين حق الجماعة في ضمان مصالحها الجوهرية، وحقوق الجناة المحتملين أو المتهمين التي لا يجوز النزول عنها أو التفریط فيها، والتي يتقيد بها الحق في القصاص من العابثين بالنظم الجنائية، بما يكفل تحقيق الأغراض التي تستهدفها، وبما لا يخل بألية قاعدة قانونية يكون إنصافها مقتضيا تطبيقها، ولو لم ترد هذه المساعدة في وثائق إعلان الحقوق.

ومن بين هذه القواعد، أن سرعان النظم الجنائية في شأن المخاطبين بها، يفترض فهمهم لحقيقتها. فإذا شابها غموض جهل بأحكامها -على الأخص فيما يتعلق ببنیان الجرائم التي أحدثتها- ناقض تطبيقها شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز النظر إليها بوصفها وسائل جامدة مفاهيمها. ذلك أن هذا الوسائل متطورة بطبيعتها، متجددة ووافدها، لأنها تبلور في مجموعها ما تراه الجماعة حقا وإنصافا على ضوء قيمها في لحظة زمنية بذاتها، ولأن السلطة التحكيمية التي تفرض نفسها على رعاياها بما يضر بهم، تتناقض بتصرفاتها حكم الدستور والقانون.

ولا شبهة في أن الحق في الحياة أو الحرية وكذلك حقوق الملكية، تمثل أهم القيم التي تمسها القوانين الجنائية. وجميعها مصالح بحميها الدستور ولا يجوز أن يخل بها اتهام جنائي. ما لم يقتزن الفصل فيه بالوسائل القانونية السليمة التي تقتض تحقيق دفاع المتهمين وسماع أقوالهم قبل إدانتهم بالجريمة<sup>(١)</sup>. ولا يجوز بوجه خاص حرمان شخص من مزايا كان يحصل من الدولة، لمجرد تعبيره عن آراء يؤمن بها. إذ يعتبر هذا الحرمان عقابا على مباشرته لحرية التعبير وللحق في الاجتماع بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup>. ويتعين بالتالي قبل الحرمان من هذه المزايا أن يتوافر إصاحبا فرص الدفاع التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(٣)</sup>.

(١) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972).

(٢) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).

(٣) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

Pre-Termination evidentiary hearing شأن الحرمان من هذه المزايا، شأن الحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية إذا تهددها اتهام جنائي. ذلك أن هذا الاتهام يؤول إلي زوال هذه الحقوق كلها أو بعضها إذا ظل قائما بغير دفاع يقظ. ومن ثم يكون حق المتهم في نفي الاتهام ومواجهة الشهود الذين تقدمهم النيابة لإثباته وتفنيد أقوالهم، واقعا في إطار الوسائل القانونية السلمية، بما في ذلك دفاع المتهم ببطلان القبض والتفتيش، ومباشرة أوجه الدفاع المختلفة عن طريق محام مأجور من اختياره من اختياره Due Process requires an opportunity to confront and cross-examine adverse witnesses.

ولا يجوز القول بأن حضور المحامي المأجور مع المتهم، يطيل أمد الدفاع أو يعقده. ذلك أن المحامي هو الأكثر على تحديد النقاط المتنازع عليها، وترتيبها في صورة منطقية، ومواجهتها قانونا، وحماية مصالح المتهم بالتالي في نفي التهمة بكل أجزائها، وعلى الأخص عن طريق إسقاط الأدلة التي لا يجوز قبولها قانونا، أو التي أخفتها النيابة لتظهرها في اللحظة الأخيرة التي لا يكون المتهم قد نهيا قبلها للرد عليها. ويتعين دوما أن يدار هذا الدفاع على نحو يؤمن جديته، وأن يتم في إطار قواعد إجرائية منصفة لها مصداقيتها (١). Fairness and Reliality.

كذلك لا يجوز في أية حال أن تكون التكلفة المالية التي يقتضيها تحقيق دفاع المتهم، حائلا دون إعمال شرط الوسائل القانونية السلمية، ولا عاملا مرجحا يعوق تطبيق هذا الشرط. وينبغي أن يلاحظ كذلك أن دفع المتهم للتهمة، يفترض إخطاره بها، وأن يكون الدفاع ملائما على ضوء طبيعة التهمة ودرجة تعقدها.

(١) Mathews v.Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

### المبحث التاسع

#### تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية

٦٦٢- القانون الجنائي الموضوعي والإجرائي، متكاملان في أثرهما على الحق في الحياة وفي الحرية والملكية. ذلك أن أولهما يولجها بالجزاء، وثانيهما بكيفية توقيعه. وإذا قيل بأن أولهما أكثر خطراً على الحرية الشخصية لأنه يقيداً بقبولاً مباشراً، إلا أن فرض عقوبة أو توقيعهما في غير حدود القانون، لا يقل سوءاً عن الفصل في الاتهام الجنائي بغير دفاع، أو بصورة مختصرة، أو خلال مدة مسببة في طولها، أو في إطار محكمة لا تتوافر لها ضمانات الحيدة والاستقلال التي تعطي أحكامها دليل مصداقيتها، وتكفل قبول الجماهير لها.

وتظل للقيود التي يفرضها القانون الجنائي الموضوعي خطرها وأهميتها من النواحي

الأثني بيانها:

**أولاً:** لأن من بينها ما يتصل مباشرة بالشرعية الجنائية كتعلق القانون الجنائي بأفعال بذواتها نص عليها وحصرها، حتى لا تختلط دائرة التجريم بدائرة الإباحة، وهي الأصل؛ وكسريان القانون الجنائي على الأفعال التي تقع بعد تاريخ العمل به، حتى لا يكون هذا القانون رجعياً في أثره، وكحظر فرض عقوبة بغير حكم قضائي Bills of Attainder، أو فرض عقوبة لا أصل لها في القانون، أو تقرير عقوبة فيما وراء حدود القانون.

**ثانياً:** قيود تتصل بضرورة ضمان حقوق المواطنين وحياتهم التي كفلها الدستور، فلا يخل بها المشرع؛ كأن يفرض عقوبة على مباشرة الفرد لحرية التعبير أو للحق في الاجتماع أو لحرية العقيدة أو لبحوث علمية أجراها، أو لعمل من أعمال الإبداع قام به، أو لزوج مختلط دخل فيه Interracial marriage، أو للحق في تكوين أسرة، وحماية أفرادها ورعايتهم، أو للحصول على كل معلومة نافعة، أو للاستمتاع بوجه عام بكافة المزايا التي تتولد عن سعي الإنسان الحر لبلوغ السعادة التي يرتجيبها في إطار الحرية المنظمة. ولا يجوز أن يتخذ المشرع بالتالي -وفي إطار سلطته في فرض الجزاء الجنائي- من العقوبة سبلاً اتّبع به مباشرة حقاً أو حرية كفلها الدستور<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً:** أن شرط الوسائل القانونية السليمة لا ينحصر في القواعد الإجرائية التي تكفل محاكمة المتهم بطريقة منصفة A guarantee of procedural fairness، وإنما لهذا الشرط مفهوم موضوعي كذلك. ذلك أن تطبيق المفهوم الإجرائي لهذا الشرط، يقصر عن مواجهة الأحوال

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905); Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922); Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927); Minnesota v. Probate Court ex rel Pearson, 309 U.S. 270 (1940)

التي تتال فيها القوانين الجنائية بطريقة تحكمية Arbitrary line-drawing من الحق في الحياة أو في الحرية أو في الملكية، أيًا كان قدر إنصافها في تطبيقها إجرائيًا على المواطنين. ولا يجوز بالتالي وفق المفهوم الموضوعي لشرط الوسائل القانونية السليمة، أن تفرض القوانين الجنائية في غير ضرورة؛ ولا أن يتم تطبيقها بصورة انتقائية تخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين للمواطنين، ولا أن يشوبها غموض يجهل بمضمونها، فلا تتضمن إخطاراً كافياً بالأفعال التي نهتهم عنها<sup>(١)</sup>.

٦٦٣- تلك محاور ثلاثة للقيود التي يفرضها الدستور على القانون الجنائي الموضوعي بالنظر إلى خطورة الآثار التي يرتبها في علاقته بالمخاطبين به.

ذلك أن العقوبة التي تفرضها القوانين الجنائية الموضوعية -وبالنظر إلى طبيعتها- تتال أصلاً من حرية الفرد أو من ملكيته، وقد تجرده من الحق في الحياة. يؤيد هذا النظر أن العقوبة تاريخياً كانت أداة اضطهاد وقهر، تملط بها الطغاة لتحقيق مصالحهم التي لا شأن لها بالأغراض الاجتماعية للقوانين الجنائية؛ ولا بصون حقوق الأفراد وحياتهم التي كفلها الدستور؛ ولا بضرورة الفصل بين حقوق الطغاة ومصالح مواطنيهم التي تسيء خلطها الطغاة بحقوقهم أو امتيازاتهم.

بيد أن إيمان الأمم المتحضرة بالحق في الحياة، وبضرورة ضمان الحرية بما لا يرهقها في غير مبرر، وبما لا يخل بحقوق المواطنين وحياتهم الأساسية، حملها على ضبط القوانين الجنائية -في إطار نظم مدنية- بما لا يحور أهدافها أو يشوهها.

وكان طريقها إلى ذلك إيدال القوانين الجنائية التي تجهل بالأفعال التي تؤثمها، بقوانين تتوالف فيها خاصية اليقين بما يزيل الغموض فيها. وذلك بأن تصاغ بلفظة صارمة قاطعة معانيها، حتى توفر للمخاطبين بها، إخطاراً كافياً بمضمون الأفعال التي حظرتها.

ولم تعد الجريمة تحكمها نزوة المشرع، لا في بيانه مضمون الأفعال التي تكونها، ولا في تحديده لنوع أو لعدد عقوبتها.

وقد كان التطور في هذا الاتجاه بطيئاً في أول الأمر، إلا أن تصاعده بصورة مطردة، دل على حيويته وضرورته، وعلى أن الصراع من أجل الحرية وضمنان حقائق العدل، مديد ومرير في آن واحد، وأن خطأ يتعين أن يرسم ليفصل بصورة حادة بين الأفعال التي يجوز تأنيها في إطار الضرورة الاجتماعية، وتلك التي يتمحض تجريماً عن إساءة استعمال السلطة.

(١) Bolling v. Sharpe, 347 U.S.497 (1954).

وإجراء هذا التقسيم وإن كان ضرورة لا نزاع فيها ولا يحتاج فهمه إلى بيان؛ إلا أن الطريق إلى التمييز بين أفعال يجوز فرض عقوبة على إتيانها، وأفعال أخرى لا يجوز أن يشملها هذا الجزاء، من الصعوبة يمكن، إذ يقوم على الموازنة بين مصلحتين قد تتعارضان.

أولاهما: حقوق الفرد قبل الجماعة، وثانيتهما: مصلحة الجماعة في مواجهة مواطنيها.<sup>(١)</sup> ولئن كان تحقيق هذا التوازن بين هذين النوعين من المصالح، وتحديد العوامل التي تؤثر فيه، من المسائل الإجرائية، إلا أن أثره على حرية الفرد يتصل بجوهر الحقوق التي يملكها. وهو ما حدا ببعض الدستقيير إلى النص على ألا يحرم أحد من الحق في الحياة، ولا من حريته أو ملكيته بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة، أو ينال من الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في كل حال وعاء نظام للحقوق ببلور جوهر العدالة، ويستتبع القواعد الخلقية التي فرضتها تقاليد الجماعة وقيمتها، الفائرة -حقاً وصداقاً- في أعماقها، إلى حد اعتبارها من القواعد الرئيسية التي تدل على حضارتها وارتقاء حسها<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن الحرية التي يحميها الدستور، هي الحرية من كافة القيود المفرطة في التحكيم، والتي لا ترتجى فائدة منها *Substantial arbitrary impositions and purposeless restraints*.

٦٦٤- وإذا كان ما تقدم هو الشأن في القانون الجنائي الموضوعي، فإن القانون الجنائي الإجرائي كثيراً ما يكون شديد الخطر بالنسبة إلى مصير المتهم، وعلى الأخص من جهة القواعد الإجرائية التي تتصل بأدلة الجريمة التي يجوز قبولها قانوناً، والآلية التي يتم على ضوئها إدارة العدالة الجنائية، والتي تؤثر درجة التكامل في إجراءاتها في مادة الخصومة الجنائية أو موضوعها. وليس مقبولا بالتالي أن يدان منهم بناء على وقعة لم تتلقاها محكمة الموضوع لو لم تطرح عليها. ذلك أن الوصول إلى الحقيقة العارية أو المطلقة ليس مطلوباً، وإنما هي الحقيقة في جوانبها التي يجوز عرضها اجرائياً على المحكمة، والتي بنونها يستحيل أن نطمئن إلى أية نتيجة موثوق منها<sup>(٣)</sup>.

The object of the search in a criminal trial, as it appears to day, is not for naked truth, but for that portion of the truth which the rules permit to be presented.

(١) *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1928); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967); *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961); *Skinner v. Oklahoma, ex rel. Williamson*, 316, U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(٢) Bassiouni, *Criminal law and its Processes* (The law of public order, 1974, pp.313-320).

## الفصل الثاني

### قواعد الشريعة الجنائية

#### المبحث الأول

#### لا جريمة بغير قانون

#### No Crime without law Nullum Crimen Sine Lege

٦٦٥- ليس التجريم عملية لا ضابط لها، ذلك أن الأفراد في سلوكهم يأتون كافة الأعمال التي يرونها كافلة لمصالحهم، بغض النظر عن الآثار التي ترتبها. غير أن وجود الأفراد في إطار تنظيم اجتماعي يضمهم، يفترض صونهم لحقوق الآخرين بما لا يرهقها أو يعطلها. وكان على المشرع أن يتدخل ليحدد خطأ واضحا بين الأعمال التي يؤذن لهم بالقيام بها، وتلك التي ينهاهم عنها<sup>(١)</sup>. وقد يفرض القانون المدني جزاء علي بعض الأعمال المخالفة لأحكامه، كتفريق بطلان بعض العقود بطلانا مطلقا أو نسبيا.

ويقترن الجزاء الجنائي بإتيان المخاطبين بالقوانين الجنائية لأفعال أثمها المشرع، ولكن الجناة قارفوها، فحق عليهم جزاؤها. ويتعين بالتالي أن يكون هذا الجزاء - وهو جزء من الجريمة التي أنشأها المشرع، فلا توجد بدونه - قائما علي ضرورة اجتماعية تبرره، يبلورها أصلا قانون بمعنى الكلمة يصدر عن السلطة التشريعية.

بيد أن الدستور - خروجاً علي هذا الأصل - قد يجيز التجريم - لا بقانون - وإنما في حدود القانون. ولا يعتبر هذا التفويض من قبيل اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين المشار إليها في المادة ١٤٤ من الدستور؛ ولا هو صورة من صور التفويض العام ينفذ بشروطه المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور؛ وإنما هو تفويض خاص يتعلق بأحوال بنواتها تعينها السلطة التشريعية التي تنزل للسلطة التنفيذية عن بعض مظاهر اختصاصها في مجال التجريم، لتتولاها بنفسها في الحدود التي بينها السلطة التشريعية. وهو ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور التي تقضي بالآلا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون<sup>(٢)</sup>.

(١) لا يدخل اللواط في إطار الحق في إنشاء علاقة حميمة. بل هو ليس بحق أصلا.

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

كذلك ليس حق المرأة في إجهاض نفسها من الحقوق المطلقة الناشئة عن خصوصية تصرفاتها في جسدها

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

(٢) United States v. Eaton, 144 U.S. 677 (1892) "Only acts which the legislature has forbidden, with penalties for disobedience of command, are crimes".



وحتى لو أثم الدستور بعض الأفعال كجرائم الخيانة، وجرائم التقرصين في أعالي البحار، والجرائم ضد قانون الأمم، والجرائم ضد العملة، وعلى الأخص ما تعلق بتزييفها، إلا أن السلطة التشريعية حرة خلق الجرائم وتقدير عقوبتها، بقدر ما يكون ذلك ملائماً لتحقيق غرض عام<sup>(١)</sup>. ومن ذلك تجريم التآمر ضد مواطن لحرماته من مباشرة حق، أو الانتفاع بامتياز يكفله الدستور أو القانون، وتجريم محاولة التخلص من دين الضريبة.

بيد أن الصعوبة الحقيقية، هي في اتجاه بعض المحاكم إلى فرطية النصوص القانونية من خلال تطبيقها على أحوال لا تشملها هذه النصوص وقياسها عليها. حال أن الأفعال جميعها لا ينظر إليها إلا بافتراض بقائها على أصل إلاحتها. فلا تخرج من هذا الأصل إلا بنص صريح. فإن لم يصدر، فإنها تظل في نطق الحل ليا كان قدر إخلالها بالنظام العام أو فوضويتها أو إساعتها إلى التقاليد السائدة. ولا يجوز بالتالي وصفها بأنها جرائم من نوع خاص. ذلك أن الجريمة لا يحدثها إلا نص قانوني، فلا يجوز افتراض وجودها، ولا خلقها من خلال التفسير القضائي، ولا تعيين أركانها بما يجهل بها. وصار أصلاً في القانون الجنائي إلا جريمة بغير قانون أو في حدوده

ويتصل بهذا الأصل ألا عقاب بغير جريمة، ولا جريمة بغير عقوبة، ولا رجعية للقوانين الجنائية، ولا عقوبة بغير حكم قضائي.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم

### لوا

لا عقاب بغير جريمة

No punishment without law  
Nulla Poena Sine Lege

٦٦٦- لا تتصل العقوبة عن الجريمة، ذلك أن الجريمة لا توجد إلا في إطار عملية قانونية يرتبط بها تقدير الجزاء على ارتكابها.

وكما أن الجريمة لا ينشأها إلا قانون أو في حدوده؛ كذلك تتحدد عقوبتها بالطريقة ذاتها. وهما بذلك كل لا يتجزأ. فالتجريم يفترض إخراج أفعال بذواتها من دائرة الحل. ولكن مجرد إخراجها من هذه الدائرة، لا يكفي لإحاقها بالمفاهيم المعاصرة للجريمة. وإنما تدخلها العقوبة -بما يتوافر لها من خاصية الردع- في زمرة الأفعال التي أنمها المشرع جنائياً.

(١) United States v.Fox, 95 U.S. 670 (1978); United States v.Hall, 98 U.S. 343 (1879).

وهذه العقوبة هي التي يتمثلها الجناة المحتملون ويدركونها فيما يقدمون عليه من الأفعال التي نهام المشرع عنها. ويُقدرون بالتالي على ضوئها مخاطر إثبات الجريمة، ومزايا التقاضي عنها. ولا يتصور في النظم القانونية جميعها، أن تفرض عقوبة نافذة على أفعال يراد زجر المواطنين عن ارتكابها؛ ولا أن يكون تطبيق العقوبة الملائمة سواء في نوعها أو مقدارها -تتكيلا بمن تمسهم؛ ولا أن تفرض عقوبة مرأ، فلا يعرفها غير من يصيبهم أذاها.

### ثانياً

#### لا جريمة بغير عقوبة

No Grime without punishment

Nullum Crimen Sine Poena

٦٦٧- هذه القاعدة هي الوجه الآخر لسابقتها، وهما بالتالي معنيان متقابلان لا متصادمان. ولا يتصور بالتالي أن توجد قوانين جنائية بغير عقوباتها، وإلا اختلط أمرها بغيرها من القوانين. فلا تكون لها ذاتيتها. ويفترض ما تقدم، ألا يكون جزء الجريمة، من طبيعة مدنية، وإلا صار القانون الصادر به مجرداً من خصائص القوانين الجنائية، فلا يلحق بها أو يأخذ حكمها.

### ثالثاً

#### امتناع تقرير أثر رجعي للقوانين الجنائية

The Prohibition Against Ex Post Facto Laws

٦٦٨- وإذا كان قانون الجريمة، هو قانون للقيم الاجتماعية التي لا يجوز الإخلال بها؛ إلا أن الشرعية الدستورية تنظر إطاراً لهذا القانون الذي ترك جذوره إلى القانون الطبيعي، وكذلك إلى محصلة الخبرة الإنسانية في شأن ما يعتبر -في ركائزه الجوهرية- عدلاً وإنصافاً.

وتوازن هذه الشرعية بين السلطة البوليسية التي تملكها الدولة في مواجهة الخاضعين لها؛ وبين ضرورة حمايتهم في مواجهة إساءة استعمال هذه السلطة خروجاً بها عن أهدافها، وعلى الأخص من ناحية قيم العدل التي يتعين أن تلتزمها، والتي يحرص المواطنون على ضمانها.

وهذه القيم التي يندرج تحتها خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية -وما يقترن به من حقوق- تشكل جزءاً من الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز الإخلال بها.

ذلك أن لكل جريمة عقاباً. ومن شأن عقوبتها تقييد الحرية الشخصية أو إهدار الحق في الحياة أو في الملكية. وهي عقوبة لا يجوز فرضها على أفعال تم ارتكابها قبل العمل بها Ex post facto Laws. وهذه القاعدة التي تقبلها الدول المعاصرة جميعها، ولا تتأثر جدلاً في شأنها، لا مجال لتطبيقها في غير القوانين الجنائية، وأساسها أن كل عقوبة تفرض في المنزلة بها، إحاطتهم بما هيته قبل سريانها. فإذا جرم المشرع فعلاً كان مباحاً وقت ارتكابه، أو فرض عقوبة أشد على أفعال كانت عقوبتها أقل حين ارتكابها، فإن تقرير سريان القانون الجديد عليها، يعتبر مخالفاً للمستور، ولو تخفى القانون الجديد في شكل منفي<sup>(١)</sup>.

ذلك أن رجعية القوانين الجنائية مضطورة في الصائير جميعها، حتى تلك المعمول بسها في نطاق ولاية داخل تنظيم فيدرالي<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز بالتالي تأنيب فعل كان مباحاً وقت ارتكابه، ولا أن يوقع المشرع على فعل مؤتم عقوبة أشد من العقوبة التي كان المشرع قد حددها من قبل للجريمة ذاتها، ولا أن يبدل إنسان عن أفعال كانت مؤتم حين قارفها، ثم ألغى المشرع تجريمها بأثر رجعي يرد إلى اللحظة التي حظر فيها ارتكابها<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز كذلك أن يعدل المشرع من بنين جريمة كان قد حدد من قبل أركانها، ليضو بمركز شخص كان قد ارتكبها.

#### ٦٦٩ - ولا يعتبر عقاباً رجعيًا في مفهوم القوانين الجنائية:

١. حرمان الأشخاص الذين يجمعون بين أكثر من زوجة Polygamist من حق الاقتراع. إذ يتصل هذا الحرمان بالشروط التي يتعين أن يباشر حق الاقتراع في نطقها<sup>(٤)</sup>.
٢. صدور قانون يخول وزير شئون العمل إعداد غير المواطنين الذين يرتكبون جرائم سابقة على صدور هذا القانون. وكذلك كل قانون يلغى الإعانة الاجتماعية لكبار السن من غير المواطنين الذين تم طردهم بالنظر إلى انتماهم إلى الحزب الشيوعي<sup>(٥)</sup>.

(١) Burgess v. Salmon, 97 U.S. 381 (1878)

(٢) Lindsey v. Washington 301 U.S. 397 (1937).

ويلاحظ أنه كان يظن أن قاعدة عدم الرجعية تنصرف إلى القوانين بوجه عام حتى ما كان منها منياً. ثم استقر القضاء على قصر تطبيقها على القواعد الجنائية (Calder v. Bull, (3 U.S.)3 Dall. 386 (1798) ولكن لا يجوز أن يعطى قانون جنائي، الصفة المدنية لتجوز سريانه بأثر رجعي.

(٣) Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885).

(٤) Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924).

(٥) Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960).

٣. تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ادعاء ارتكابه لجريمة نسبتها النيابة إليه. فإذا لم يكن مكانها قد تحدد أصلاً، جاز أن يحدده المشرع بقانون لاحق<sup>(١)</sup>.

ولازم ما تقدم، أنه إذا صدر قانون ملغيا الأكثر الرجعي لعقوبة فرضها قانون سابق، فإن من لتي الجريمة قبل إقرار القانون اللاحق، لا يجوز أن يدان عنها بمقتضى أحد هذين القانونين.

وعلى القاضى -وكما كان ذلك ممكناً- أن يحمل القوانين الجنائية رجعية الأثر -من خلال تفسيرها- على التطبيق المباشر لأحكامها.

٦٧٠- ويقصد بالقوانين رجعية الأثر، ما يأتي:

أولاً: القوانين التي تفرض جزاء -مذنباً كان أم تأديبياً أم جنائياً- على أفعال لم يكن لقرارها جزاء من هذا النوع حين إتيانها. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أن مضمون القاعدة القانونية التي تنمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية في مجتمعاتها، واضطرد العمل عليها في مظهر سلوكها المختلفة وأنه مما ينافي مفهوم الدولة القانونية، أن يقرر المشرع سريان عقوبة تأديبية بآثر رجعي، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها، تشكل ذنباً إدارياً مؤخذاً عليه بها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: تعتبر مخالفة للمستور، يعين الولاء Loyalty Oaths التي يتخذها المشرع أداء لحرمان الأشخاص الذين ينكرون عن حلفها، من الحق في العمل العام -أو من غيره من الحقوق التي يكون المستور قد كفلها- إذا كان ما توخاه بهذه اليمين، عقابهم عن أنماط مابفة من سلوكهم المشروع<sup>(٣)</sup>.

(١) Cook v. United States, 138 U.S. 157 (1891).

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ١٤ -جملة ٤ يناير ١٩٩٢- ص ٩٥ و ٩٦ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) ويلاحظ أن يعين الولاء في ذاتها، غير مخالفة للمستور بالنظر إلى ضرورتها لضمان الأداء الأكوم للعمل العام. ويفترض ذلك أن تصاغ اليمين الدستورية في حدود ضيقة، ذلك أن اتساع دلالتها يبطلها. انظر في ذلك:

Gramp v. Board of Public Instruction, 368 U.S. 278 (1961).

Grenade v. Board of Supervisors of Elections, 341 U.S. 56 (1951); Garner v. Board of Public Workes, 341 U.S. 716 (1951); Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

ثالثاً: كذلك يعتبر فرض عقوبة على الممولين الذين يتخلفون قبل سريانها، عن إيفاء ضريبة سابقة، إعمالاً لهذه العقوبة بأثر رجعي؛ شأنها في ذلك شأن قوانين العفو التي يقرر المشرع إلغائها منذ العمل بها.

رابعاً: ويعتبر القانون رجعي الأثر، إذا غلظ العقوبة المقررة للجريمة بعد ارتكابها، وقرر سريان العقوبة الأشد عليها.

وكذلك إذا كان للعقوبة التي فرضها المشرع للجريمة، حد أدنى، ثم جعل قانون لاحق، حدها الأقصى جزاء وجوبياً لها.

وإذا كان الجزاء على الجريمة هو السجن المؤبد أو الإعدام، ثم أبدل المشرع هذا الخيار بعقوبة واحدة هي الإعدام، فإن هذا القانون يكون رجعي الأثر فيما يتعلق بالجرائم التي تم ارتكابها قبل هذا التعديل.

وإذا قرر المشرع أثناء تنفيذ عقوبة الجريمة، جزاء إضافياً لها، كالإيداع في زنزانة انفرادية حتى اكتمال القصاص من مرتكبها، فإن هذا القانون يكون رجعيّاً في أثره ومخالفًا للدستور. وهو ما يتحقق كذلك بإحلال عقوبة السجن المنفرد بدلاً من السجن البسيط، وتطبيقها على من أدانتهم المحكمة، بالعقوبة الثانية. ولا كذلك نقل المسجون من سجن إلى سجن آخر ولو كان أكل ملاممة بصورة جوهرية من الأول. إذ ليس للمسجين حق البقاء في الأماكن التي أودع أولاً فيها، ولو كان هذا النقل جزاء لفعال أثارها المسجون، وصار عقاباً بالتالي<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر رجعي الأثر، تغليظ العقوبة في شأن مجرمين سابقين بعد إصرارهم على الإجرام، إذ يعتبرون عاندين، ويستحقون بالتالي العقوبة الأغلظ عن الجريمة الأخيرة التي ارتكبوها، دون جرائمهم السابقة التي تظل عقوباتها على حالها بلا تغيير<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك إذا كان القانون الصادر بتغليظ العقوبة على المجرمين العاندين، لم يعمل به إلا بعد إثبات الجرائم السابقة جميعها، فإن عقوبة الجريمة الأخيرة التي أتاها جان قبل نفاذ هذا القانون، لا تزيد.

(١) Meachum v. Fano, 427 U.S. 215 (1976).

(٢) Gryger v. Burke, 334 U.S. 728 (1948).

خامساً: والرجعية في الصور المتقدمة جميعها، ترتبط بالقانون الأسوأ بالنسبة إلى مركز المخاطبين بالنظم الجنائية. فإذا كان القانون أهون أثراً؛ لو كان يعدل طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام من الشنق إلى الصعق بالكهرباء، فإنه لا يعتبر مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

سادساً: وإذا أدخل المشرع بأثر رجعي، تعديلاً على القواعد القانونية التي قررها في شأن الجريمة من جهة إثباتها، بما يجعل التكليل على صحة إسنادها إلى المتهم بارتكابها، أيسر على سلطة الاتهام من الشروط السابقة التي كان معمولاً بها قبل تعديل شرائط قبول أو وزن الدليل، فإن هذا القانون يكون محظوراً.

ولا يعنى ذلك أن كل تغيير في القواعد الإجرائية فيما بين الجريمة والفصل فيها، يعتبر مشوباً بعدم الدستورية. ذلك أن بطلان هذا التغيير يتحدد على ضوء ما إذا كان من أثره الإضرار بصورة جوهرية أو خطيرة بمركز المتهم. ولا يجوز بالتالي إنقاص عدد المحلفين؛ أو الاكتفاء بموافقة أغليبيتهم، بدلا من اشتراط إجماعهم على قرار يدينون به المتهم. إذ يفترض في هاتين الحورتين أن دلائل أقل تكفي لإقناع عدد أقل من المحلفين، وتعتبر محظورة بالتالي. بما مؤداه أن ما يقبل أو لا يقبل من التغيير في القواعد الإجرائية، أمر يتصل بدرجة التغيير أو مداه The distinction is one of degree.

فكلما كان التغيير منتهيا إلى الإضرار الخطير بمركز المتهم -كالإخلال بحقوق الدفاع التي يفترض أنه يملكها- كان هذا التغيير غير مشروع<sup>(٢)</sup>. ومن ذلك أن يصير إثبات براءته بعد إجراء هذا التغيير، أكثر صعوبة<sup>(٣)</sup>.  
والتغيير في الأوضاع الإجرائية عن طريق إحلال محكمة محل المحلفين في الفصل في الاتهام الجنائي، يعتبر معيباً؛ وإن كان العكس يوافق الدستور.

وقضى بأن إلغاء الطعن استئنافيا في الحكم الصادر من محكمة أول درجة -وبأثر رجعي- لا مخالفة فيه للدستور. وهو ما أراه محل نظر، إذ لا يجوز بعد بدء ميعاد الطعن، إلغاء طريقه.

(١) Malloy v. South Carolina, 237 U.S. 180 (1915).

(٢) Beazell v. Ohio, 269 U.S. 167, 170, 171 (1925).

(٣) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867).

مابعداً: وكلما كان مضمون القانون منطوياً على تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي، فإن هذا القانون -ولو أفرغ في صورة القوانين المدنية- يعامل باعتباره قانوناً جزائياً. بما مؤداه أن مضمون القانون، وليس الصورة التي اتخذها، هي التي تحدد ما إذا كان محتواه عقابياً أم لا. وتجريد مواطن من جنسيته، يعتبر عقاباً لا يجوز أن يؤسس على واقعة سابقة لم يجرمها المشرع قبل هذا التجريد.

ثامناً: وفيما يتعلق بالضريبة التي يفرضها المشرع بأثر رجعي، ويقرر جزاءً جنائياً على عدم أدائها، فإن من المقرر قانوناً أن مراجعة السلطة التشريعية لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وإن كان يدخل في اختصاص هذه السلطة حتى توفر للدولة الموارد التي تحتاجها للنهوض بمراقبتها؛ وكانت الضريبة في بواعثها مما يستقل المشرع بتقديره؛ إلا أن الضريبة رجعية الأثر -في مضمونها وجزئها- تكون مخالفة للمستور، إذا أجراها المشرع على أعمال قانونية اكتمل تكوينها ونفاذها قبل صدور قانون الضريبة الجديدة؛ وكان المكلفون بأداء هذه الضريبة، لا يتوقعونها -في مجموعهم- بالنظر إلى طبيعتها أو مبلغها؛ أو كان يتعذر عليهم عقلاً توقعها أثناء تعاملهم في أموالهم في إطار الضريبة القديمة، ونقلهم ملكيتها إلى آخرين على ضوء أحكامها.

ذلك أن سريان الضريبة الجديدة عليهم في شأن صور التعامل هذه، النافذة أثناء سريان الضريبة القديمة، يصادم توقعهم المشروع لنطاق تطبيقها<sup>(١)</sup>، ويعتبراً بالتالي جزاء غير مبرر.

تاسعاً: وقاعدة رجعية القوانين، وما يرد عليها من قيود من جهة جوازها أو حظرها، وإن كان لا شأن لها بالمبادئ التي تضعها السلطة القضائية من خلال اجتهاداتها إلا أن تطبيقها لاجتهاداتها هذه بأثر رجعي في شأن أفعال تم ارتكابها قبلها، وبما يؤثر أو يضر بحقوق المتهمين بإتيانها، يظل محظوراً.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٢١ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

## رأياً

### لا عقوبة بغير حكم قضائي

#### The prohibition Against Bills of Attainder

٦٧١- قد يصدر قانون خاص في شأن أشخاص بذواتهم، أو في شأن أفراد طبقة يستطيع تعيينها ليفرض عليهم عقوبة الإعدام في شأن جرائم جسيمة -كجريمة الخيانة- ينسبها المشرع إليهم، ويفترض ثبوتها في حقهم، ويقرر بالتالي عقابهم بغير حكم قضائي يصدر وفق النمط المعتاد لمسير الإجراءات القضائية. فلا يكون عقابهم تشريعاً موافقاً للمستور. وقد يقرر المشرع عقابهم عن جرائم أجنبية. بغير "قوة الإعدام، بناء على الأدلة التي يتوصل هو إليها، ولو كان القبول بها غير جائز.

وهو في الحالتين ينتحل سلطة قضائية لا يملكها، وإنما يقوم عليها طغياناً واستبداداً، ويمتثل في مباشرتها بمحض تقديره لقيام الجريمة التي يدعيها، موجهاً في ذلك بالضرورة السياسية التي يتصورها، أو بعامل السرعة والحسم، ومدفوعاً أيضاً بمخاوفه غير المبررة، وبشكوكه التي لا أساس لها<sup>(١)</sup>.

ومن ثم تكون عقوبة الإعدام هي الجزاء المقرر أصلاً بذلك القانون. وقد تكون العقوبة المنصوص عليها فيه، أقل من الإعدام، كأن يصادر أموال الناس أو أراضيهم أو بضاعتهم أو يجردهم من بعض حقوقهم المدنية أو السياسية، أو من امتيازاتهم. فلا يكون إلّا قانوناً ينفوس ألماً أو صوراً من الجزاء Bills of pains and penalties يؤثر بها في حياة الأفراد أو حرياتهم، أو في ممتلكاتهم، في كل ذلك جميعاً.

ويتعين تفسير هذا الحظر على ضوء مقاصد المستور التي بناها أن يكون الفصل في الاتهام الجنائي، بيد المشرع بالمخالفة لمبدأ الفصل بين السلطين التشريعية والقضائية. فلا ينتحل المشرع لنفسه شيئاً من خصائص الوظيفة القضائية، ولا يقر قوانين أيا كان شكلها أو الصورة التي تفرغ فيها إذا تناول بها أفراداً معينين بذواتهم، أو ينتمون إلى طبقة بذاتها يسهل تعيين من يدخلون فيها، ليُعاقبهم بغير محاكمة<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946); United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965); Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867); See also, 3.

(٢) J.Story. Commentaries on the Constitution of the United States (Bigelow ed.1891), 1344.



وليس بشرط لبطلان هذه القوانين، أن يكون الجزاء المقرر بها من طبيعة عقابية أو  
تقويمية Punitive or retributive أو قائما على القصاص، وإنما يكفي أن يكون وقتايا  
Preventive. وإنما يتعين أن تتغيا تلك القوانين في كل أحوالها، إيقاع عقاب مباشر بغير حكم  
قضائي<sup>(١)</sup>.

Bills of attainder are legislative enactments that undertake to inflict direct punishment without judicial determination or trial.

٦٧٢- ويشترط بالتالي حتى تكون هذه القوانين مخالفة للمستور، أن تصدر في شأن  
أشخاص معينين، أو في شأن أفراد طبقة بذاتها An ascertainable class، يسهل تحديد المنتمين  
إليها، وأن نورد بياناً بالأفعال التي نسبتها إليهم، والتي تقتضى تقييدهم، وأن نقرر مسئوليتهم  
عنها، وأن ندينهم تشريعياً بسببها، وتعاقبهم بالعقوبة المنصوص عليها فيها.

ومن ثم تتميز هذه القوانين بتعيينها لطبقة بذاتها، أو لأشخاص معينين تخصصهم بعقابها؛  
وبأن مخالفتها للمستور تتحدد على ضوء أثرها؛ ولا شأن لها بالأشكال التي تفرغ فيها. إذ لو  
جاز القول بأن أشكالها هذه تمحو شرورها، لكان من السهل إغراقها في صورة تخفى  
مساوئها؛ بما يناقض حقيقة أن القوانين لا تتحدد مفاهيمها وأغراضها إلا على ضوء مضمونها  
ومقاصدها التي لايجوز خلطها بالوظيفة القضائية التي تستقل أهدافها عن الوظيفة التشريعية.

واستقلال السلطة التشريعية عن القضائية مؤداه ألا تحل أو لاهما فيما نقره من القوانين  
محل ثانيتهما في مجال تطبيقها على نزاع معين مطروح عليها. وهو ما يتحقق حين ندين  
السلطة التشريعية بنفسها أشخاصاً بذواتهم عن أفعال تكتملهم بها وتعاقبهم عنها، بغير محاكمة  
منصفة تتوافر لها ضماناتها. بل إنها تقدر نوع عقوبتهم ومبلغها بقرار منفرد منها، على ضوء  
ما تؤمن به من أفكار في شأن خطورة الأفعال التي نسبتها إليهم.

وقديما كانت القوانين العقابية توجه إلى أشخاص بذواتهم لا يدينون بالولاء للتاج، وكانت  
عقوباتهم تتردد بين السجن والنفي، ومصادرة الملكية كجزاء. ثم تطورت القوانين العقابية  
لتشمل أشخاصا يمنعهم المشرع من تقلد أعمال بعينها، بعد أن وصمهم بعدم الولاء في أدائها.  
كأن يحرم المشرع بعض الأشخاص الذين تمردوا على السلطة، من مباشرة بعض المهام التي  
حددها، أو يمنعهم من تولي أعمال بذاتها -كالعضوية النقابية- إذا كانوا أعضاء في تكوين

(١) Ex parte v. Garland, 4 Wall (71 U.S.) 333 (1867).

حزبي يناهض السلطة. ولا كذلك أن تكون للقوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، آثار تفسو ببعض المخاطبين بها، أو أن يكون تعيينها قائماً على انتقائها بدلاً من آخر<sup>(١)</sup>.

٦٧٣- وهذه القوانين ذاتها، هي التي حظرها دستور جمهورية مصر العربية، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٦ التي تمنع توقيع عقوبة بغير حكم قضائي<sup>(٢)</sup>، حتى لا تخرج السلطة التشريعية عن حدود ولايتها، بإقرارها لقوانين تؤول -في أثرها- إلى محاكمة عن طريق المشرع A trial by legislature.

ولئن دل العمل على أن معظم القوانين التي تفرض بنفسها عقاباً بغير حكم قضائي، تكون رجعية الأثر؛ إلا أن تقرير رجعيتهما ليس بشرط لوصفها بمخالفة الدستور.

ذلك أن أخطر ما يميز هذه القوانين، هو أنها تعين بنفسها الجريمة أو المؤاخذه التي تنسبها إلى الأشخاص المقصودين بها، أو إلى الطبقة التي ينتمون إليها، بوصفها ذنباً تكينهم به من خلال العقوبة التي حددتها؛ سواء تعلق ذنبهم بجريمة سابقة محددة أركانها A pre-existing crime، أو بجريمة ابتدعتها هذه القوانين عن طريق إحداثها أفعالاً لم تكن حين إتيانها معاقبة عليها An act made punishable ex post facto.

ويظل واجبا التمييز بين القوانين التي تفرض عقاباً بغير حكم قضائي؛ وبين القوانين التي تفصل شروط امتحان حرفة، أو مباشرة عمل أو أعمال بذواتها يدخل تنظيمها في اختصاص السلطة التشريعية بناء على نص في الدستور.

ذلك أن تقرير الحق في الحرفة أو المهنة؛ أو في مباشرة غيرهما من الأعمال على ضوء شروط موضوعية يحددها المشرع سلفاً، ولو كان من بينها شرط حسن السيرة، لا يعتبر عقاباً بغير حكم قضائي؛ ولا عقاباً رجعي الأثر، طالما أن المخاطبين بهذه القوانين لا يؤاخذون عن سابق سلوكهم إلا باعتباره متصلاً بالأعمال التي يريدون مباشرتها، واقعاً في نطاق تقييم متطلباتها Fitness، وداخلاً في إطار الصورة المنطقية لتنظيمها.

(١) Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978); Nixon V. Administrator of General Services, 433 U.S. 425 (1977).

(٢) وردت ثلاث جمل في الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية أو لأمسا خاصة بمبدأ شرعية الجرائم والمقوبات ونصها: لا جريمة ولا عقوبة على الأعمال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون. وتتصرف ثانيتها إلى تقرير عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي Bill of attainder. وبالتاليهما إلى عدم جواز تقرير عقوبة بأثر رجعي Ex post facto laws وذلك نصها على "لا عقاب إلا بناء على قانون".

وعلى ضوء ما تقدم، لا تكون الشروط الموضوعية للتعين في الوظيفة الحكومية، عقاباً بغير حكم قضائي.

فإذا لم يكن للشروط التي وضعها المشرع لامتحان أعمال بنواتها، من صلة بأهدافها؛ ولا تتوخى بالتالي اختيار أفضل المتقدمين لشغلها، وأجدرهم بتوليها؛ فإنها تتحضر عقاباً بغير حكم قضائي لإنكارها عليهم الحق في العمل بغير مسوغ.

ومن وجهة نظر تقليدية، يفترض في حرمان الأفراد من حقوقهم، أنهم لا يستحقونها بما جردهم منها. فإذا كان الغرض من قانون الحرمان، إنزال عقوبة عليهم، كان هذا القانون مخالفاً للدستور.

ولا كذلك مطلق الإضرار التي تصيبهم. إذ يتعين دوماً اعتبار القانون منصرفاً إلى معاقبتهم؛ أن يكون متوخياً إنزال جزاء بهم؛ لا تمييز في ذلك بين قانون يجرمهم من بعض المزايا التي تخصهم؛ وبين قانون يجردهم من حقوق يملكونها. ذلك أن تباين قانونين في نوع الجزاء، لا ينال من وجوده.

يؤيد هذا النظر، أن ما تتوخاه الدساتير من حظر توقيع عقوبة بغير حكم قضائي، ألا ينزل المشرع بشخص أو بأشخاص عيّنهم، عقاباً من نوع ما، بعد أن أدانهم عن أفعال سابقة وصممهم بها، ولو كان هذا الجزاء منصرفاً إلى التجريد من بعض الحقوق، أو من بعض الفرص التي كانوا يتمتعون بها كأعضاء في مجتمعهم<sup>(١)</sup>.

وبنخل في هذا الإطار -على ما سبق القول- يمين الولاء التي يقتضيها المشرع من المتقدمين لوظيفة بذاتها أو للقيام بعمل ما، إذ لا شأن لهذه اليمين بالشروط الموضوعية التي يحدد المشرع على ضوءها، أفضل المترشحين على الوظيفة أو المهنة، للحصول عليها. وهي شروط لها أهميتها وضرورتها لاتصالها بصلاحيّة أداء بعض الأعمال، والقدرة على النهوض بها في إطار مستوياتها التي تقتضيها طبيعتها، وضوابط ممارستها، وخصائص تصنيفها.

(١) وافق المندوبون في مؤتمر الاستقلال الأمريكي بالإجماع على شرط عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي إزاء ما شهدوه من الجزاءات التشريعية التي أسرف فيها البرلمان الإنجليزي والتي طبقته المستعمرات الأمريكية بنرجات متفاوتة. وقد ظلت هذه الجزاءات قائمة في حدود ضيقة في بعض الولايات الأمريكية في السنوات التي تلت مباشرة إقرار الدستور الأمريكي الاتحادي، ومن بينها ولاية كنتاكي التي قضت إحدى محاكمها ببطل المصادرة التشريعية لبعض الأراضي، ولو علّقها المشرع على قيام المخاطبين بالقانون بإجراء أو استماع في المستقبل.

ومن ثم لا تتمحض هذه الشروط عقاباً، إذ هي شروط يتعمذر تجنبها Unavoidable disqualification تحيط بالمهنة أو بالوظيفة المراد شغلها، وبالأوضاع الأفضل لحسن القيام عليها، سواء كان العمل داخلاً في نطاق مهنة المحاماة أم التدريس أم كان وعظاً دينياً.

ويتهكم بعض المطلعين على يمين اللولاء التي يحلفها هؤلاء قبل مباشرتهم العمل، قائلين بأنها فضلاً عن كونها عقاباً، فإن من يحلفونها قد ينقضونها بعد أدائها من خلال سلوكهم وتصرفهم بما يخالفها.

ويعتبر جزاء بغير حكم قضائي، أن يقر قانون إبعاد مواطنين أو نفيهم بالنظر إلى لونهم أو عرقهم. وكذلك عزلهم سياسياً أو تعقيمهم لجرائم سابقة ارتكبوها حتى لا ينجبون، أو حرمان أشخاص عيّنهم المشرع بذواتهم، من مرتباتهم أو من وظائفهم في الحكومة على وجه التأييد، أو إسناد جريمة إليهم بعد وصفهم بأنهم مناوئون للسلطة عازمون على قلبها، وذلك سواء كان حرمانهم من هذه الحقوق، قد تقرر بنصوص قانونية صريحة ومباشرة؛ أم كان الحرمان قد تحقق بطريق غير مباشر، وكأثر لنص قانوني<sup>(١)</sup>.

إذ يظل الحرمان في هاتين الصورتين عقاباً تشريعياً يهدد أفراداً بذواتهم في الحق في الحياة، وفي الحرية وفي الملكية، التي لا يجوز تجريد أحد منها عن غير طريق المحاكم التي تم تكوينها وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٦٧٤- وعلى ضوء ما تقدم، يتحدد نطاق حظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، على ضوء الأغراض التي يستهدفها المشرع من تكخله.

فكلما قصد المشرع أن ينال من شخص أو أشخاص بذواتهم؛ وأن يصيبهم في حقوقهم، أو في المزايا التي يتمتعون بها بناء على نشاطهم السابق؛ صار عقاباً بغير حكم.

فإذا لم يكن لتكخله من شأن بذلك، بل كان تنظيمياً في إطار شروط منطقية، للأوضاع التي تعين أن يباشر العمل في نطاقها؛ فإن هذا التنظيم لا يكون عقاباً، ولو أضر في بعض جوانبه بأخرين.

(١) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 wall) 277 (1867); Ex parte Gerald, 71 U.S. (4 Wall) 333 (1867).

(ويلاحظ أن هاتين القضيتين فصل فيهما في ذات اليوم)

(٢) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

وكان منطقياً بالتالى، حظر تكوين خلايا مسلحة على الإطلاق، أو حظر تشكيلها ما لم تكن من الميليشيا التى يأتى الدستور بها.

وكذلك حظر مباشرة جمعية أو نقابة أو منظمة لأعمال بذواتها تتناقض أهدافها حتى لا تتخبط فيها. إذ لا يتمحض هذا الحظر فى صوره المتقدم بيانها، عن معاقبة أشخاص عندهم المشرع بأسمائهم، أو أمكن تشخيصهم من خلال تحديد أنماط تصرفاتهم السابقة التى يؤاخذهم عنها.

وكلما كانت الجمعية، أو المنظمة، أو النقابة، تباشر نشاطها بتوجيه من بعض الدول الأجنبية التى تتسلط عليها؛ فإن فرض قيود على حركتها، كالإزماء - راعتباراً من تاريخ فرض هذا القيد - بالإعلان عن حقيقة أغراضها - وقوفاً عليها - لا يكون عقاباً<sup>(١)</sup>.

ولو صادر المشرع المعاش المستحق للعاملين فى الدولة، بالنظر إلى تمسكهم بحق فى الدستور، كالحق فى ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم The privilege against self-incrimination أو كان المشرع قد حرم شخصاً من المزايا التى تغلها وثيقة تأمين دخل فيها، وسدد أقساطها على امتداد عقدين من الزمان، فإن مصادرة الحق فى المعاش أو الحق فى المزايا التأمينية، يكون عقاباً<sup>(٢)</sup>.

وفى مجال تحديد ما إذا كان تدخل المشرع يعتبر عقاباً، أو ليس كذلك؛ فإن صور الجزء ما كان منها تقريماً، أو وقائياً، أو منطوياً على الردع؛ تدخل جميعها فى مفهوم العقوبة التى لا يجوز توقيفها بغير حكم قضائى. وفى ذلك تقول المحكمة العليا الفيدرالية

الأمريكية<sup>(٣)</sup>. Historical considerations by no means compel restriction of the bill of attainder ban to instances of retribution

٦٧٥- وفى مصر كانت المادة (٤) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة والسلام الاجتماعى، تنص على أنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من نشبب فى إصدار الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

(١) Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board 367 U.S. 1 (1961).

(٢) Flemming v. Nestor 363 U.S. 603 (1960).

(٣) United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965).

كما تنص المادة (٥٩) من هذا القانون على أن يسرى الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة على:

\* من حكم بإدانتهم من محكمة الثورة في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مركز قوة بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

\* من حكم بإدانتهم في جريمة تتعلق بالحريات الشخصية للمواطنين، أو بإيذائهم بدنياً أو معنوياً، أو بالعدوان على حياتهم الخاصة.

\* من حكم بإدانتهم في جرائم الإخلال بالوحدة الوطنية وبالسلم الاجتماعي.

\* من حكم بإدانتهم في إحدى الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وذلك كله ما لم يكن المحكوم عليه قد رد إليه اعتباره.

وقد طعن بعدم دستورية البند (أ) من المادة (٥) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلم الاجتماعي، فيما نص عليه من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية بالنسبة إلى كل من أدين في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية "دستورية" التي أقامها المدعى ناعياً على هذا البند مخالفته للدستور - إلى أن النص المطعون فيه - بوصفه منطوقاً على عقوبة جنائية تم فرضها عن أفعال سابقة على صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه - يعتبر مخالفاً لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية المنصوص عليها في المادتين ٦٦ و ١٨٧ من الدستور.

وما قرره المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتقدم، محل نظر من جهة الأسباب التي قام عليها<sup>(١)</sup>. ذلك أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨، واجه أفعالاً سابقة على صدوره، جرد أشخاصاً بذواتهم عينهم نقضياً، من الحقوق السياسية المنصوص عليها في الدستور؛ وقصد إلى عقابهم من خلال حرمانهم من الحقوق التي جردهم منها، حتى لا يباشرونها؛ وكان هذا الحرمان جزاء على أفعال سبق إدانتهم عنها، فلا يكون إلا عقاباً بغير

(١) الأمر المثير للدهشة أن هذا الحكم لم ينشر في الجزء الخاص به، وهو الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حكم قضائي Bill of Attain وهو ما لا يجوز على ضوء نص للفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور، التي لا يشترط لتطبيقها أن يكون الحرمان من بعض الحقوق التي كفلها الدستور، من طبيعة جنائية.

وما تقررته المحكمة الدستورية العليا من أن نص البند أ من المادة (٥) من قانون حماية الجبهة الداخلية، يعد منطوياً على عقوبة جنائية، مردود:

أولاً: بأن الحرمان من الحقوق السياسية المقرر بمقتضى هذا البند، ليس بعقوبة جنائية أصلية. وهو كذلك لا يندرج في إطار العقوبة التبعية التي لا يجوز توقيعها إلا بعد الحكم بعقوبة أصلية، وترتيباً عليها.

ثانياً: أن ما نقضى به المادة ٦٦ من الدستور، من عدم جواز توقيع عقوبة بغیر حكم، لا يتعلق بالعقوبة الجنائية بمعنى الكلمة، إذ لو كان منصرفاً إليها، لصار نص المادة ٦٧ من الدستور لغواً. ذلك أن هذه المادة الأخيرة، نص خاص بالمحاكمة المنصفة في شأن الاتهام الجنائي. وحكمها مؤداه، أن براءة المتهم -وهي الأصل- لا تزول إلا بحكم قضائي يكون باتاً. وهي بذلك تفترض أن يدان عن التهمة الجنائية، وأن يكون الحكم القضائي أداة ليقاع هذه العقوبة.

ويتعين بالتالي أن يؤخذ نص المادة ٦٦ من الدستور، لا باعتباره متعلقاً بالعقوبة الجنائية التي تستغرقها المادة ٦٧ من هذا الدستور، وإنما على تقدير انصرافها إلى النصوص القانونية التي تقرر حرمان أشخاص معينين بذواتهم من بعض الحقوق، بحكم مسئوليتهم عن أعمال سابقة أدانتهم عنها هذه النصوص. فلا يكون ذلك إلا تكملاً تشريعياً -لا بعقوبة جنائية

بمعنى الكلمة- وإنما بعقوبة تأخذ حكمها، وإن لم تكن من جنسها هي الحرمان من حقوق بعينها عينتها نصوص قانونية. ويعين بالتالي دمجها بالبطان لمخالفتها نص المادة ٦٦ من الدستور<sup>(١)</sup>.

---

(١) ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور من عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي، هو ما اصطلاح على تسميته في الدول الغربية بوثيقة الحرمان Bill of attainder، وهي وثيقة عرفها قاموس Black's Law dictionary في ص ١٢٧ من طبعته السادسة بأنها تشريع خاص يصدر عن السلطة التشريعية A special act of the legislature يقضى بإعدام أشخاص يفترض ارتكابهم لجرائم خطيرة Supposed to be guilty of high offenses كجريمة الحيانة. وهم بذلك يعدمون عن جرائم لا تدبهم إحدى المحاكم بها في نطاق إجراءاتها القضائية In the course of judicial proceedings . فإذا كان هذا التشريع الخاص يوقع عليهم عقوبة أقل من الإعدام، سمي بقانون الآلام والجزاءات Bill of Pains and Penalties. وسواء قصى هذا التشريع الخاص بتوقيع عقوبة الإعدام، أو بعقوبة أقل منها، فإن هذا التشريع يكون محظورا.



### المبحث الثاني

#### حظر محاكمة الشخص أكثر من مرة

##### عن الجريمة الواحدة

##### Double Jeopardy

٦٧٦- الحرية الشخصية حق، وهي حق طبيعي. ويقتضى ضمانها ألا تفرض على أحد عقوبة لها من قسوتها ما يسوغ اطراحها؛ وألا يحاكم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الدستور يعطي أهمية كبيرة للحكم ببراءة المتهم من التهمة التي أسندتها النيابة إليه، كلما صار هذا الحكم باتاً. فإذا أطلق سراحه بعدئذ، فإن المحاكمة الثانية تناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، أي كان قدر الخطأ في الحكم الأول.

ذلك أن محاكمته من جديد عن الجريمة ذاتها، تحمل معها مخاطر إرهاب المتهم باحتمال أن يدان في المرة الثانية، وإن كان بريئاً حقيقة<sup>(٢)</sup>. خاصة وأن سلطة الاتهام لها من الموارد الضخمة ما يؤهلها لأن توجهها ضد مصلحته من خلال الأدلة الجديدة التي تجمعها، بما يعرض المتهمين لأشكال من المعاناة حلقة بعد حلقة، وحقبة بعد حقبة، وكأن يد الاتهام تحيطهم بعدابها، وتدفعهم إلى دائرة من القلق لا نهاية لها، فلا يعرفون لهم مصيراً.

بل إن ملاحقتهم باتهام جديد، بعد تبرئتهم من الاتهام الأول، مؤداه تبديد وقتهم، وتقويض فرصهم في العمل أو إضعافها، والتشهير بهم إضراراً بسمعتهم، والإخلال بأمنهم ومسكيتهم. فلا تصفو لهم الحياة؛ وإنما تتخلق طرائقها وتظلم دروبها، وعلى الأخص، إذا كان الاتهام الجديد موجهها بأغراض انتقامية؛ أو كان مقصوداً من سلطة الاتهام حتى تؤكد موقفها السابق من الجريمة، وتعزز أدلتها المتهافئة التي قدمت من قبل لإثباتها، وحتى تبرهن على أن قضاء الحكم الأول كان معيباً. وفي ذلك ضرر لا يغتفر. ذلك أن المتهمين الأبرياء كثيراً ما يدانسون عن الجريمة ذاتها، بعد إعادة محاكمتهم.

٦٧٧- وكان منطقياً أن يشمل هذا الحظر المحاكم جميعها، ما كان منها من محاكم القانون العام أو استثنائياً أو من طبيعة خاصة. فضلاً عما يتخذ منها شكل لجنة أو هيئة تتولي

<sup>(١)</sup> United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

<sup>(٢)</sup> United States v. Scott, 437 U.S. 82, 91 (1978); Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957).

الفصل قضائيا في خصومة بين طرفين. ذلك أن الحظر المتقدم، يتسع مداه لكل جزء مدنيًا كان لم تأديها أم جنائيا.

ولئن كان من مصلحة الجمهور أن تدار المحاكمة الجنائية من خلال قواعد تكفل في مجموعها لكل حكم قضائي أن يتحرر كلية من الخطأ، إلا أن محاكمة المتهم من جديد عن التهمة ذاتها، لا يجوز دستوريا ولو أحاط للخطأ بالحكم الأول من كل الوجوه<sup>(١)</sup>. كما لو أخطأ الحكم في استبعاد بعض الأدلة، وقرر أن باقيا لا يكفي لإدانة المتهم<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الحكم القضائي إذا صار باتا، فإن تبديله ولو لخطأ في تطبيق القانون يكون غير جائز، وينغلق به أمام النيابة كل طريق لتوجيه الاتهام من جديد إلى المتهم، ولو كان خطأها أو إهمالها في إدارة الدعوي الجنائية التي صدر فيها الحكم الأول، فادحا Egregiously erroneous، كإغفالها تقديم بعض الشهود القاطعة أقوالهم في التليل على الجريمة. فذلك كله بعيد عن حقائق العدل، وعن التطبيق الصحيح للقانون. فالشخص لا يجوز قانونا أن يقاضي مرتين عن الجريمة ذاتها<sup>(٣)</sup>. No Man Can be Twice Lawfully Punished for the Same Offence. سواء كان قد أطلق سراحه في المرة الأولى، أو كان قد استوفي العقوبة المحكوم بها، بشرط أن يكون الحكم في الحالتين قد قطع بالحقيقة القضائية بصورة لا رجوع فيها. وهي حقيقة لا يشغ في نقضها، مجرد أن المحاكمة الأولى لم تستقم فرائضها، ولا كون العقوبة المقضي بها أقل مما يعتبر كافيا بالمقاييس المنطقية- لردع من أدين بها. فقد صار الحكم الأول -هو بات- عسبا على المراجعة. ولا يجوز بعد صدوره أن يظل من تعلق به هذا الحكم، قلقا مضطربا، هائما على وجهه، تحققه الدولة ببأسها حين تريد، فلا يطمئن لغده، ولا يأمن من انتهاء الشرور التي تحيط به، لتتعر خطاه، ولتتبدد في وجهه صور الحياة التي كان يتوقعها.

وليس ذلك من الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية، ولا هو من مفاهيم العدل وحقائنها<sup>(٤)</sup>. ولا كذلك نقض الحكم الأول بعد الطعن فيه. ذلك أن نظر الدعوي الجنائية من جديد أمام دائرة استئنافية غير التي صدر عنها الحكم المنقوض، لا يعتبر خروجا على قساعة

(١) Durks v. United States, 437 U.S.1 (1978); See, Olso Westen and Drubel, Towardos General Theory of Double Jeopardy, 1978 Supreme Court Review, 81, 122-37.

(٢) United States v. Martin linen supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٣) North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711,717 (1969).

(٤) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١٩ من

الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. انظر كذلك القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧

قضائية "دستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ من الجزء ٧ من مجموعة

أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حظر محاكمة الشخص عن الجريمة الواحدة أكثر من مرة. وإنما هي المحاكمة الأولى مستأنفة سيرها حتي تكتمل حلقاتها، وتصل إلي نهايتها.

٦٧٨- على أن مفهوم الجريمة الواحدة التي لا يجوز أن تكون محلاً لأكثر من محاكمة، في حاجة إلى التحديد.

\* فإذا كانت الأفعال الإجرامية تتداخل مع بعضها، ولا تتفصل أجزاؤها، وتجمعها بالتالي وحدة المشروع الإجرامي، فإن تبرئة المتهم من بعض هذه الأفعال، يمنع محاكمته عن باقيها بالنظر إلى تكاملها فيما بينها<sup>(١)</sup>.

\* وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، وقضى بإدانة المتهم عن الجريمة التي عقوبتها أشد، فإن الحكم الصادر فيها، يكون مانعاً من محاكمته عن الجريمة الأكل في عقوبتها، ولو كان راجحاً على الظن احتمال ارتكابه لها، أو كان قد أدين عنها بالفعل<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك تبرئة المتهم عن الجريمة الأكل وطأة، إذ لا يعتبر ذلك حاجزاً من معاقبته عن الجريمة الأشد التي قارفها.

\* إذا كان المشروع الإجرامي الواحد، لا يكتمل تنفيذه إلا من خلال مراحل متعددة، فإن كل خطوة في اتجاه تنفيذ هذا المشروع، يحوز فرض جزاء جنائي عليها. فإذا تم المشروع، جاز كذلك، معاقبة من انخرطوا فيه جميعهم.

\* قد تمهد جريمة بذاتها لوقوع جريمة أخرى تستقل عنها، فلا يعاملا -بالنظر إلى هذه الصلة- كجريمة واحدة. فالذين يحوزون خموراً حظر المشرع تدويلها، وعوقبوا على مجرد حيازتها، تجوز معاقبتهم على بيعها.

(١) تقضى المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات، بأنه إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم. وتقصر هذه المادة أن المتهم حوكم عن هذه الجرائم جميعها، وأنه قد ثبتت إدانته عنها. فلا يقضى عليه عندئذ بعقوباتها جميعاً. بل بالعقوبة المقررة لأشدها.

(٢) تنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات على أنه إذا كان الفعل قد كون جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها.

• لا يجوز أن يتعلق بالجريمة المستمرة، غير اتهام جنائي واحد. فمعايشة امرأة متزوجة، وإدارة محل للدعارة، جرائم يتصل زمنها في غير انقطاع. وهي جريمة واحدة متعددة حلقاتها.

ولا كذلك الجرائم المنفصلة التي تستغل كل منها بوقائعها، كالامتناع عن إجابة لجان تقصى الحقائق على أسئلتها.

ذلك أن كل امتناع يعامل كجريمة قائمة بذاتها. شأن ذلك، شأن تعدد البيوع في المواد الكحولية، وتمزيق أكثر من حقيبة بريد في الوقت ذاته بقصد سرقة محتوياتها. إذ تعامل كل واقعة منها على حدة، كجريمة لها استقلالها.

ولغة المشرع ومقاصده، هي التي يتحدد على ضوئها ما إذا كان سياق من السلوك A Course of Conduct هو المعاقب عليه؛ أم أن واقعة منفردة هي محل العقوبة التي فرضها المشرع<sup>(١)</sup>.

ويقصد بالجريمة الواحدة في تطبيق حظر محاكمة المتهم عن ذات الجريمة أكثر من مرة، أن تتعلق المحاكمة الثانية بالجريمة الأولى عينها، بأن تكون هي ذاتها بكيوفها وأوصافها وشرائط وجودها.

وتعتبر الجريمة محل المحاكمة الثانية مختلفة عن سابقتها، إذا كانت إحداهما تقتضى لوجوده، تقديم الدليل على واقعة لا تقتضيها الجريمة الثانية لقيامها.

#### وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

إن امتناع معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، يفترض ألا نكون بصدد جريمتين لكل منهما خصائصها، ولو تتابعتا من حيث الزمان؛ أو كانتا واقعيتين في مناسبة

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١١ من الجزء الثامن، أن امتناع المدين بالبنفقة عن دفعها مماطلتها فيها، مؤده أن وقائع الامتناع مع تدها - لا تشكل مشروعاً إجرامياً واحداً، بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض، وإن كان هدفها واحداً ممثلاً في اتجاه إرادة المدين بالنفقة، إلى النكول عن أدائها.

واحدة. والعبارة عند القول بوجود جريمتين، هي بحقيقتهما، لا بلوصافهما التي خلعتها المشروع عليها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متتابعاً في شأن الجريمة ذاتها التي نسبتها سلطة الاتهام إلى المتهم بارتكابها، ولو كان المشرع قد غير بعد محاكمته عنها أول مرة- من قواعد إثباتها؛ أو كان قد انتحل للجزاء عليها مصلحة غير التي أقام الجريمة عليها من قبل.

٦٧٩- وفي الدول الفيدرالية التي تتوزع السيادة فيها بين الحكومة المركزية ولاياتها، قد تكون الجريمة الواحدة معاقبا عليها فيدرالياً، وكذلك داخل الولاية ذاتها. وتكون بالتالي تعدياً على سيادة الحكومة المركزية وسيادة إحدى ولاياتها.

ولئن جرى قضاء المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية على أن إفسراج السلطة القضائية الفيدرالية عن المتهم في جريمة أمامها، لا يمنع حكومة الولاية من محاكمته عن الجريمة عينها أمام محاكمها<sup>(٢)</sup>، إلا أن قضاءها في ذلك مننقد، وغير عادل، ولا يجوز أن يتخذ من مجرد المواقف القضائية، عضداً، ولو قام الدليل على اطراد هذه المواقف وعدم تغيرها.

ذلك أن السيادة التي تتمتع بها الحكومة المركزية، وإن صح القول بانفصالها عن السيادة المحلية التي تباشرها ولاياتها، كل داخل إقليمها؛ إلا أن الحرية الشخصية يناقضها في الدول الحرة جميعها، ألا يكون الحكم السابق في جريمة بذاتها، حائلاً أو حاجزاً دون تقديم المحكوم عليه فيها إلى محاكمة جديدة لها كان موقعها.

فضلاً عن أن توزع السيادة في الدولة الفيدرالية لا ينفي توحيد كياناتها المختلفة معها؛ وأنها دولة واحدة.

٦٨٠- وامتناع المحاكمة الثانية في شأن الجريمة عينها، لا يحول دون اجتماع جزاين فيها، أحدهما من طبيعة جنائية، وثانيهما من طبيعة مدنية.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧- ص ٧١٥ من الجزء الثامن.

(٢) Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959).

ذلك أن الفعل الواحد قد يثير مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية في آن واحد. ومن المتصور بالتالي اجتماع هاتين المسؤوليتين بالنظر إلى اختلافهما في نوع المصالح التي تكفلانها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: "إن اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية يتحقق إذا كان الفعل الواحد مرتباً لها معاً، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد في آن واحد. إلا أن أظهر ما يغير بين هاتين المسؤوليتين، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع؛ إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها<sup>(١)</sup>."

٦٨١- ولا يعتبر العود -وهو يتحقق بإتيان الجاني جريمة ثانية تالية للحكم عليه بعقوبة في الجريمة الأولى- واقعاً في إطار حظر تكرار المحاكمة عن الجريمة ذاتها. ذلك أن إدانة المتهم في الجريمة الأولى، تحمل معنى إنذاره بالألّا يعود إلى الإجرام. فإذا لم يمتد وزناً لهذا الإنذار، وسلك طريق الجريمة من جديد، استحق عقاباً أشد عن الجريمة الثانية، بأن تزداد عقوبته عنها سواء في نوعها أو في قدرها.

ومن ثم كان القدر الزائد في عقوبة العائد عن الجريمة الثانية، منفصلاً عن جسامتها، لأنها قد لا تزيد في ضررها الاجتماعي عن الجريمة الأولى التي ارتكبتها، فلا يكون القدر الزائد في عقوبته عن الجريمة الثانية، إلا مقابلاً لعوده<sup>(٢)</sup>.

٦٨٢- وسواء كان الجاني حدثاً أو كامل الأهلية؛ فإن محاكمته عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة يظل محظوراً.

ولا يجوز إذا صدر عن الجاني أكثر من فعل في مناسبة واحدة، وكانت الأفعال التي أنماها ترتبط جميعها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أن يقدم اتهام منفصل عن كل فعل منها.

ذلك أن تعدد هذه الأفعال، لا ينفي ارتباطها، وضرورة أن تشملها محاكمة واحدة تزن كافة العوامل المتصلة بها، بما في ذلك دوافعها.

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٦٣٥ من مؤلف الدكتور عوض محمد عوض (قانون العقوبات - القسم العام - طبعة ٢٠٠٠).

فلو أن شخصا قتل زوجته وولديه لمحاولتها قتله بالسم حتى يخلص لها وجه عشييقها،  
ولشكه في سلوكها، ونسبة ولديه منها إليه؛ تعين أن يحاكم عن هذه الأفعال جميعها أمام  
محكمة واحدة. فإذا قدم عن كل فعل منها إلى محكمة مختلفة حتى يذال أمام إحداهما حكما  
بالإعدام، فيما إذا حكم عليه عن الفعلين الآخرين بعقوبة أقل؛ كان ذلك تكرارا لمحاكمته عن  
الجريمة الواحدة متعددة الأفعال، منطوياً على التحرش به بالمخالفة لشرط الوسائل القانونية  
المليمة.

٦٨٣- واحتجاج للشخص بعدم جواز محاكمته أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة،  
يعتبر من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها.

ذلك أن هذا الحظر يضاف على الجاني حصانة مرجعها إلى نص في الدستور. وهي  
حصانة يجوز للجاني أن يسقطها إذا لم يتمسك بها، وكان نزوله عنها واعياً ومقصوداً. ولا  
يجوز بالتالي أن تستخلص المحكمة من مجرد عدم إثارة المتهم المائل أمامها للحظر المانع من  
تكرار محاكمته عن الجريمة عنها، ما يدل ضمناً على للنزول عنه.

### المبحث الثالث

#### في جواز أو حظر اللجوء إلى القرائن القانونية في المجال الجنائي

٦٨٤- لأن صرح القول بأن النصوص الجنائية لا يجوز أن تغتفر إلى الحد الأدنى من الأسس التي يتطلبها ضبطها، والتي تحول كأصل عام بين القائمين على تنفيذها، وإطلاق العنان لنزواتهم أو سوء تقديراتهم؛ وكان الأصل في هذه النصوص ألا تتدخل معانيها بما يؤذن بانفلاتها، وخروجها على الأغراض المقصودة منها؛ وكان المستور لا يفرض على المشرع طرائق بذواتها يحدد من خلالها الأفعال التي يوثمها؛ إلا أن القوانين الجنائية جميعها يتعين أن تعمل في إطار دائرتين.

أولاهما: أن هذه القوانين لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد إطار لتنظيم الحرية الشخصية من خلال ردع عن الإخلال بها. ذلك أن تلك القوانين، بعينها أن تكون القيود التي تفرضها على الحرية الشخصية، منتهية إلى صونها وضمان فعاليتها، بما توفره لأصحابها من الحق في مباشرتها في حدود منطقية<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: أن الاختصاص المخول للسلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم، وتقدير عقوباتها، لا يخلوها التدخل بالقرائن التي تحدثها لعل يد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع؛ إعمالاً لمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>(٢)</sup>.

٦٨٥- وفي حدود هاتين الدائرتين، يتدخل المشرع من خلال الجرائم التي يحدثها على ضوء الضرورة الاجتماعية، ليقيد من الحرية الشخصية لمن يرتكبوها.

وهو إذ يقرر لهذه الجرائم قواها أو أنماذج القانونية التي أفرغها فيها، فذلك من أجل بيان أركان كل جريمة منها. فلا ينفصل وجود الجريمة، عن إثباتها في كافة عناصرها.

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



بيد أن المشرع قد يتدخل في شأن الأدلة التي يجوز قبولها في جريمة بذاتها. وقد يفترض توافق واقعة فيها لا تقوم بدونها، معفا ملطلة الالهام من إليلالها، عن طريق قرينة قانونية يالها.

ذلك أن القرينة القانونية لا تكون كذلك إلا إذا نص عليها للقانون، ونظم يالها. والمشرع يالار من خلال القرينة، واقعة بذالها، ويملخلص منها الاليل على الالقق الواقعة المراد إليلالها بعد أن نكلل باعالارها الالبة بقيام القرينة، وأعى من نقررت القرينة لمصلالها، من نالليم الاليل عليها.

٦٨٦- والأصل في اللرائن القانونية أن ياليمها المشرع مالا، وأن يعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون رالال الوقوع عملا. وهي ترتبط أصلا بالمائل المدنية، فإن ملالها إلى المواد الجزائية، صار أمر للال في مللوريلها ملال على ضوء ملالها بالالرية الشللية وإلالها بمالوماتها. يؤيد هذا للنظر أمران:

أولها: أن لكل جريمة ينلشها المشرع، أركانها الال يال أن نللبها ملطلة الالهام من خلال نالليمها لأليلها، والإالاع بها، بما يزيل كل ظن معقول بنالها. فلا تقوم الة شللة لها أساسها ناللص ارلكالها. ذلك أن ملطلة الالهام ملل من خلال الالامها لشلص بالرية نالها، إلى خلق الال الال ناللص الالراض البراءة باعالاره نالبراً عن الفلرة الال يال الإنسان عليها. وصال ملللا بها منذ مللاه. فلا نللقها إرادة أيا كان وزناها، وإنما ناللبها الال نللال يال بالرية بذالها، وعا بالال في شأن نللبها إلى المللول عنها، فاعلا كان أم شريكاً.

الليلها: أن االلصاص الملطلة للالبرلية بالقرار القواعد القانونية ابتلاء، أو ناللبلص الملطلة النالليلية في إصدارها في الالل صلالالها المللصوص عليها في المللور. لا يالول الاللين المللطين أو إلالها إالال قرالين قانونية نللقل عن واقعها Unreasonable presumptions، ولا نلربها بالال الة علاقة مللقلية بالنالل الال رللبها عليها، لالول بها بين الملطلة القضايلة ومبالرة ملالها في ملال الالل في الالصوله الجنايلة الال ناللر عالها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضايلة \* مللورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعلة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ وما بعدها من الال ٨ من مللوعة أالال المللكة المللورية الال.

٦٨٧- وظاهر من القواعد المتقدم بيانها، أن القرائن القانونية جميعها، تفترض واقعيتين:

أولاهما: واقعة أصلية هي التي تكون مصدراً للحق المدعى به، وكان ينبغي إثباتها على تقدير أن الحقوق جميعها، لا تنشأ إلا عن مصادرها التي عينها المشرع وحصرها.

وثانيتهما: واقعة غير الواقعة الأصلية، ولكنها قريبة منها لصلتها بها ودلائلها على رجحان ثبوتها، فلا يعتبر إثباتها إلا إثباتاً للواقعة الأصلية بحكم القانون.

والصلة المنطقية بين هاتين الواقعتين، هي التي تقيم الدليل على اتصال القرينة القانونية بواقعها، وإفضائها عقلاً إلى النتائج التي رتبها المشرع عليها، فلا تكون واقعية القرينة، إلا دليل معقوليتها، ورجحان تصويرها لأوضاع لا مجافاة فيها للحياة العملية<sup>(١)</sup>

وهذا النظر هو ما عليه القضاء المقارن. إذ القاعدة فيه، أن القرائن القانونية التي يجوز تطبيقها في المجال الجنائي، هي التي تظهر فيها صلة منطقية بين الواقعة التي قام الدليل عليها، والواقعة التي افترض المشرع ثبوتها.

فإذا لم تتوفر هذه الصلة المنطقية في القرينة القانونية، دل ذلك على أنها نوع من التحكم ينافي للحقائق التي تؤكدتها الخبرة في عموم أحوالها<sup>(٢)</sup>.

A Statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

ومن هذه الزاوية، تظهر خطورة القرائن القانونية على الحرية الشخصية التي لا يجوز إرهابها عن طريق التحكم في القيود التي تفرض عليها.

وهو ما يتحقق على الأخص سواء من خلال اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، أو عن طريق افتراض ثبوتها من خلال قرينة قانونية غير منطقية يحدثها المشرع Arbitrary presumption. أو عن طريق قرينة منطقية يمنع المشرع إثبات عكسها Conclusive presumptions.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية \* دستورية \* - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - قاعدة رقم ٤٧ - ص ٧٠٩ ومبا بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Tot v. United States 319 U.S. 463,468 (1943).

ومن ثم كان التدخل بالقرائن القانونية في المواد الجزائية، وثيق الصلة بالأدوار التي وزعها الدستور -في إطار المحاكمة المنصفة- فيما بين سلطة الاتهام والمتهم بالجريمة. وهي أدوار لازمة أن يتعدالا في أسلحتهما؛ وفي الفرص للقانونية والواقعية التي تتردد التهمة خلالها بين ثبوتها ونفيها. ولا يجوز بالتالي أن يفترض المشرع بقرينة يحدثها، أن مجرد حيازة المتهم لمواد مخدرة، يفترض علمه بجلبها من الخارج، لمجرد أن جزءا كبيرا منها يكون مصدره أجنبيا في الأعم من الأحوال، وليس انتاجا محليا<sup>(١)</sup>.

وإذا كان لسلطة الاتهام حق في ضمان مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة، فإن لكل متهم بالجريمة حق في حريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها أو انتقاصها من أطرافها. ولا يعتبر المتهم معادلا لسلطة الاتهام في أسلحتها وفرصها، إلا إذا حاز إلى جانبها، حداً أدنى من الحقوق توازنه بها. فإذا اختلف هذا الحد الأدنى في مواجهتها، لم يعد مكافئاً لها فسي مركزها، لتعلو بموقعها وخصائص سلطتها على متهمها، ليس فقط من جهة الحقوق التي يملكها كل منهم قبل الآخر؛ وإنما كذلك على صعيد إمكاناتها ومواردها الضخمة، التي توفر لها وسائل علمية وعملية تدعم بها التهمة التي لأقامتها.

وتتميل القرائن القانونية بميزان الحقوق في غير مصلحة المتهم. ذلك أن المشرع لا يقرر هذه القرائن لغير سلطة الاتهام، كي يعفيها من التكاليف على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها<sup>(٢)</sup>.

٦٨٨- وقد يفترض المشرع بالقرينة القانونية، توافر القصد الجنائي في جريمة عمدية، ليقيل سلطة الاتهام من إثباته. وهو ما ينعكس بالضرورة على أصل البراءة التي يتعين على النيابة العامة أن تستصحبها معها في كافة إجراءاتها، ما كان منها سابقاً على المحاكمة، أو وقعا أثناء سيرها. إذ هي الفطرة التي جبل الناس عليها، وحجر الزوالية The bedrock في كل نظام متحضر للعدالة الجنائية، وقاعدة مبنية أصيلة تقتضيها إدارتها Axiomatic and elementary. والمواجهون بالاتهام الجنائي يعتصمون بها طوال مراحل حياتهم، لا ينفكون عنها. ذلك أن التصاقها بهم، لا يزيلها عنهم، إلا إذا أدانهم حكم قضائي بات بالجريمة التي اتهموا بها.

(١) Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969).

(٢) تنص المادة ٤٠٤ من القانون المدني على أن القرينة القانونية تفي من ثبوت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

والحق أن منطقية القرينة -رأيا كن موضوعها- أصل فيها. ذلك أن المشرع يصوغ القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، لا يفرض بها حلولاً تحكمية منافية للخبرة العملية القائمة في الحياة العملية في أوضاعها الأكثر شيوعاً، وإنما يشتق المشرع مما يقع غالباً في الحياة العملية، القاعدة الموضوعية التي ينشئها؛ وكذلك مضمون كل قرينة قانونية يستلهمها<sup>(١)</sup>. ولا يجوز في المواد الجنائية على الأخص أن يفرض المشرع قرينة قانونية تخل بطريقة تحكمية، بحق المتهم في دفعها من خلال حظر التلليل على عكسها<sup>(٢)</sup>.

A Presumption which is entirely arbitrary and which operates to deny a fair opportunity to repel it or to present facts pertinent to one's defence, is void.

#### ومن صور القرائن التحكيمية:

• أن الآباء الطبيعيين لا يعتبرون جديرين بحضانة أبنائهم المولودين خارج نطاق علاقة الزوجية<sup>(٣)</sup>.

• تقرير أن كل امرأة حامل لا تصلح لأداء عملها، إذا بلغ حملها أربعة أشهر سابقة على توقعها ولادة جنينها، وإلزامها بالتالي بأن تحصل خلال هذه الفترة على إجازة بدون أجر من عملها. إذ يتم إكراهها على هذه الإجازة بمقتضى قرينة قانونية تحكمية تقطع بعدم صلاحيتها لأداء العمل خلالها. وهو ما لا يجوز قانوناً في المجال الجنائي<sup>(٤)</sup>. ذلك أن قطعية القرينة لازماً أن يصير الافتراض الكامن فيها عصياً على المراجعة، مما يؤهل النيابة للتخلص بصفة نهائية من واجبها في التلليل على الواقعة التي تقوم بها القرينة ولو استطاع المتهم نفيها<sup>(٥)</sup>. فضلاً عن أن القرينة القاطعة هي في حقيقتها نوع من التعميم المطلق غير

(١) القاعدة التي تقضي بأن يعتبر الشخص راشداً ببلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية، كساعة موضوعية تفترض أن يكون من بلغ هذه السن، كامل الأهلية في الأعم من الأحوال، ولو ثبت أن بعض الذين بلغوها، يتصرفون بقدر من الطيش والثرق. ذلك أن المشرع يتجاوز عن التفاوت فيما بين إنسان وآخر، حتى ينضبط التعامل ويستقر. والقاعدة التي تقضي بأن الوفاء يقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالانكسار السابقة عليه، مبناه قرينة قانونية تعد بما يقع في الأعم من الأحوال في الحياة العملية. ولكن يجوز إثبات عكس هذه القرينة، وذلك بأن يقدم الدائن ما يدل على أن الوفاء اللاحق، لا يثبت سبق الوفاء بالانكسار السابقة. وهو ما يعنى جواز معارضة القرينة بطلتها، على خلاف الأمر في القواعد الموضوعية. انظر في ذلك الوسيط للدكتور السنهوري الجزء ٣ ص ٦١٧ وما بعدها.

(٢) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Carella v. Califormio, 491 U.S. 263 (1989).

(٣) Stanely v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

(٤) Cleveland Board of Educ. v. LaFleur, 414 U.S. 632 (1974).

(٥) Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973).

المقبول في المواد الجنائية التي تقتض مواجهة كل حالة علي حدة وفق ظروفها وخصائصها.

وإن تعين في هذا المقام التميز بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية. ذلك أن كل قاعدة موضوعية تستغرق علتها، فلا تجوز معارضتها بها بعد انتماجها فيها، ليقابلها المشرع إلى حقائق ثابتة لا يجوز نقضها، ولو بالإقرار أو اليمين.

ولا كذلك القرائن القانونية التي تلازمها علتها؛ ولا تفارقها. بل تقوم إلى جوارها. ومن ثم جاز نقض القرائن القانونية جميعها -حتى ما كان منها قاطعاً<sup>(١)</sup>.

على أن نقض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار أو اليمين، وإن جاز في المسائل المدنية، إلا أن القبول بقطع القرينة في المواد الجنائية غير متصور، ولو كانت القرينة التي أحدثها المشرع منطقية في صلبها.

ذلك أن إعمال القرائن القانونية في المجال الجنائي، يرتبط مباشرة بالحرية الشخصية. ولا يجوز بالتالي أن يؤخذ بالقرينة القانونية المنطقية فيما يقيد هذه الحرية، إلا إذا توافر لكل متهم الحق في نقضها بالأدلة التي يدفعها بها.

ولا كذلك القرينة القاطعة التي تمسك بها حقوق المتهم في نفي الواقعة التي افترضتها، بما ينال من الحد الأدنى للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهته سلطة الاتهام؛ ويناقض كذلك قواعد إدارة العدالة الجنائية التي تقوم في جوهرها، على أن كل واقعة تقوم بها الجريمة، لا يجوز افتراض ثبوتها كحقيقة لا تتبدل، فلا يدفعها المتهم بأية أدلة يقدمها، أيا كان قدر قوتها الإقناعية.

وفي مصر لا تثير المحكمة الدستورية العليا، شكوكاً جدية حول جواز قبول القرائن القانونية في المجال الجنائي. ذلك أن إمعان النظر في أحكامها وتطبيقاتها، يدل على مناقشتها لكل قرينة قانونية فرضها المشرع، ونظرها في معقوليتها، وتحريها لدلائلها، وصلتها بالنتائج التي رتبها المشرع عليها، ورفضها بالتالي لكل قرينة قانونية لا تتوافر بها علاقة منطقية بين

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٣ - ص ٧٣؛ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن القرينة القاطعة وإن كان لا يجوز إثبات عكسها، إلا أن نقضها بالإقرار واليمين، جاز.

الواقعة الأصلية التي افترض المشرع ثبوتها بالقرينة التي أحدثها؛ وبين الواقعة التي أحلها محلها، واعتبر إثباتها مفض إليها، لنقوم مقامها مغنية عن إثباتها.

فإذا بان لها أن القرينة للقانونية تقوم على التحكم والإملاء، فإنها تحيها، وعلى الأخص كلما صاغها المشرع كي يفترض بها توافر القصد الجنائي؛ أو أقحمها ليعدل بها من الأصل في الأشياء التي تتعلق للجريمة بها، أو توخى بها إهدار حقوق الملكية التي كفلها الدستور.

على أن ما ينبغي أن يلاحظ في القرائن القانونية التي حللتها المحكمة الدستورية العليا، هو أنها أهدرتها جميعها لمجاافتها لحكم العقل، وانتفاء كل صلة منطقية بالتالي بين الواقعة التي افترض القانون ثبوتها؛ والواقعة التي أحلها محلها عوضا عنها، وجعل ثبوتها دليل تحقق الواقعة التي افترضها.

ولكن المحكمة الدستورية العليا لم تعمل حتى اليوم -وفي إطار هذا الضابط- قرينة قانونية واحدة من القرائن التي واجهتها على امتداد حياتها القضائية. وهو ما يعنى نظرتها المتشككة إلى تطبيق القرائن القانونية في المجال الجنائي، واتجاهها إلى حمل سلطة الاتهام على أداء المهام التي تقوم أصلا عليها، وأخصها تقديم الدليل على كل واقعة تقوم بها الجريمة، فلا تعفيها منها من خلال قرينة قانونية. وربما كان هذا الاتجاه أدنى إلى تحقيق مصلحة المتهم التي لا يجوز أن تذل بمصلحة للجماعة لها اعتبارها.

وإنما يتعين موازنة أولاهما بثانيتين؛ وأن ينظر إلى القرينة القانونية بالتالي على ضوء معقوليتها في إطار تقدير عام للحقائق العلمية والعملية القائمة في زمن معين. ذلك أن منطقية القرينة القانونية هي التي تنفي عنها التحكم بعد أن دل مضمونها على ارتباطها بما هو راجح الوقوع عملاً.

والبين من تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن القرائن القانونية، إيصالها لكل قرينة افترض بها المشرع توافر القصد الجنائي؛ أو خرج بها على الأصل في الأشياء؛ أو أهدر من خلالها الحماية التي بكفلها الدستور لحق الملكية.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

### المطلب الأول

قرائن قانونية مخالفة للدستور، وذلك لافتراضها القصد الجنائي

#### لفرع الأول

النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن.

٦٨٩- عملاً بنص المادة ١١٧ من القانون الجمركي رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، تقرر على رباب السفينة، أو قائد الطائرة، غرامة لا تقل عن عشر الضريبة الجمركية المعرضة للضبايح ولا تزيد على مثلها؛ وذلك في حالة النقص غير المبرر في عدد الطرود أو محتوياتها. عما أدرج عنها في قائمة الشحن وقد طعن بعدم دستورية هذه المادة أمام المحكمة الدستورية العليا التي كان عليها -قبل الفصل في دستورتها- أن تحدد الطبيعة القانونية للغرامة المنصوص عليها في المادة ١١٧ المشار إليها، وعما إذا كان فرضها يثير مسؤولية مدنية أم جنائية للربان أو قائد الطائرة.

وقد خلص قضاء هذه المحكمة بعدم دستورية هذه المادة، وقام قضائها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتي ببيانها:

أولاً: أن المشرع الجمركي عامل النقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما هو مدرج في قائمة الشحن، بافتراض أن الربان قد هربها. ولا يتصور أن يتطرق هذا الافتراض إلا بجريمة إدخالها إلى البلاد بطريق غير مشروع دون أداء ضرائبها الجمركية. وإذا كان من المقرر أن الجريمة لا تقوم إلا عن أفعال لئمتها المشرع من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء إتيانها، مصيباً بعينها من يكون مسئولاً عنها من الفاعلين والشركاء؛ وكانت العقوبة قد تتخذ صورة الغرامة المالية التي يقرر المشرع أن ثقلها يعتبر كافياً لردع الجناة المحتملين وحملهم على تجنبها؛ وكان القانون الجمركي قد ربط المخالفة الجمركية التي يمثلها النقص غير المبرر في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، بالفائدة التي تصور أنها تعود على جناتها من وراء ارتكابها، فرد عليهم ما قصده منها من خلال الغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من هذا القانون، والتي نسبها إلى المكوس الجمركية ذاتها حتى لا يكون مبلغها ثابتاً؛ فإن هذه الغرامة -وذلك طبيعتها- تتوافق لها خصائص الغرامة التسمية التي يتضامن المسؤولون عن الجريمة التي تستوجبها، فهي دفعها -فاعلين كانوا أو شركاء- فلا يحكم عليهم -مع تعددهم- إلا بغرامة واحدة يقيسها المشرع وفقاً للضوابط التي قدرها لتناسبها مع الفائدة

التي حققها الجناة من جريمتهم، أو التي قصدوا إلى بلوغها بارتكابها، فلا تحصل الإدارة الجمركية إلا على مبلغها لأكثر ولا أقل، توكيدا لعينيتها التي لا يناقياها تقرير حد أننى لها.

ثانياً: لكل جريمة عقوبتها التي لا تتفصل عن الأفعال التي تكونها. والغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من القانون الجمركي، مناطها تلك المخالفة الجمركية التي افترض المشرع أن الربان أو قائد الطائرة قد ارتكبها، فلا تقوم هذه الجريمة في حقهما إلا بتوافر أركان هذه الجريمة، وإثباتها بكل عناصرها.

فلا يحكم بها على من يكون غير مسئول جنائيا عنها، فإذا تعدد المسؤولون عن المخالفة الجمركية -الذين وصفهم المشرع بالفاعلين والشركاء- تحقق تضامنهم في الوفاء بعقوبتها.

ثالثاً: أن الغرامة التي حددتها النصوص المطعون عليها، وإن خول المشرع الإدارة الجمركية ذاتها الحق في توقيعها، إلا أن ماهية هذه الغرامة لا تتحدد على ضوء حقيقة الجهة التي خولها المشرع حق فرضها، وإنما بالنظر إلى خصائصها.

رابعاً: الأصل في الطرود أن يكون ما فرغ منها -سواء في أعدادها أو محتوياتها- مطابقاً لبياناتها في قائمة الشحن. فإذا نقص ما فرغ من هذه الطرود عما هو مدون بشأنها في تلك القائمة، فإن افتراض تهريبها يقوم في حق الربان أو قائد الطائرة إعمالاً لتلك القرينة التي أحدثها المشرع، والتي لا يدفعها أيهما إلا إذا أقام الدليل على عكسها ببراهين يبرر بها هذا النقص.

خامساً: لا يجوز أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى إحداثها لقرائن قانونية تتفصل عن واقعها، ولا تربطها بالتالي ثمة علاقة منطقية بالنتائج التي ترتبها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في نطاق الدعوى الجنائية التي اختصها بالفصل فيها. ذلك أن الأغراض النهائية للقوانين الجنائية يناقياها على الأخص أن يبدن المتهمون لغير جريمة، أو عن طريق الإخلال بالموازن الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام، ومتهموها.

سادساً: أن المسؤولية الجنائية لا تحركها إلا مصلحة الجماعة بافتراض أن ضرراً قد أصابها من خلال إتيان الأفعال التي أثمها المشرع لضرورة اجتماعية قدرها؛ متربحاً بعقابها تبعاً لخطورتها؛ وناهياً أصلاً عن التنازل عن الخصومة الجنائية موضوعها أو للتصالح عليها.



فلا يكون الجزاء عليها محض تعويض، بل لإلزاما مقصودا لردع جناتها، ضمانا لأن يكون الوقوع فيها من جديد أقل احتمالا.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التي لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته، أو توقعها. وإما مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأضرار ضروا، سواء أكان هذا العمل عمدا أم إهمالا. ومن ثم كان التعويض الكامل جزاءها. وهو لا يكون كاملا إلا إذا كان جابرا لخصائص الضرر جميعها دون زيادة أو نقصان؛ وكان هذا التعويض كذلك من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها؛ وكان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزا، إذا كان الفعل الواحد منشئا لهما معا، بأن كان ضارا بالجماعة وبالفرد في آن واحد؛ وكان تباعدهما كذلك متصورا؛ إلا أن أظهر ما يميز بينهما، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر، وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها.

سابعاً: أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم المدنية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها، ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، ويظن معها الوقوع فيها، سلوكا محددا آتاه جان، بل توهم لا يقوم به دليل، ولا تنهض به المسؤولية الجنائية.

ثامناً: إذ أقام المشرع من مجرد وجود نقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، قرينة على تهريبها لا يدفعها المتهمون عنهم إلا بتقديم ما ينقضها؛ فإن إخفاقهم في نفيها، يكون تقريراً لمسؤوليتهم الجنائية عن الجريمة بما يناقض افتراض براءتهم؛ ويحول دون انتفاعهم بضمانة الدفاع التي تقتض لممارستها قيام اتهام محدد ضدهم، معزز بالبراهين الجائز قبولها قانوناً؛ وإخلالا بالضوابط التي فرضها الدستور في مجال محاكمتهم إنصافاً؛ وتعديا كذلك على الحدود التي فصل بها بين ولاية كل من السلطتين التشريعية والقضائية<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### مناط مسؤولية الحائز للبضائع الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتهريبها

٦٩٠- كان المشرع بعد أن نص في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها مع العلم بأنها مهربة، تعتبر في حكم التهريب الجمركي؛ قضى بأن هذا العلم يفترض إذا

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جملة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ من الجزء

لم يقدم حائز البضائع الأجنبية بقصد الاتجار، ما يؤيد مسبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها.

وقد طعن بعدم دستورية هذه القرينة التي أحل بها المشرع واقعة عدم تقديم الأوراق المؤيدة لمسبق دفع الضريبة عن البضائع الأجنبية المحوزة بقصد الاتجار فيها، محل واقعة العلم بتهربها، معنياً بذلك سلطة الاتهام من التزامها الأصل بأن تقدم بنفسها الدليل على تحقق كل ركن يتصل بينيان الجريمة، بما في ذلك القصد الجنائي ممثلاً في إرادة إتيان الفعل مع العلم بالوقائع التي تعطيه دلالة الإجرامية.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من هذا المادة ١٢١ من هذا القانون، وذلك فيما تضمنته من افتراض القصد الجنائي على النحو المتقدم. وقام حكمها في ذلك على الدعاوى الآتية:

**أولاً:** أن القرينة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ المشار إليها، قرينة قانونية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية -قاطعة أو غير قاطعة- أنها من عمل المشرع. وهو لا يقيمها تحكماً أو إملاء. وإنما يصوغ المشرع القرينة، ويحدد مضمونها، على ضوء ما يقع غالباً في الحياة العملية.

وإذ كانت القرينة القانونية التي أوردها الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي تتعلق ببضائع أجنبية تم التعامل فيها بعد خروجها من الدائرة الجمركية؛ وكان هذا التعامل لا ينحصر فيمن قام باستيرادها ابتداءً، وإنما تدولها أيد عديدة -شراء وبيعاً- إلى أن تصل إلى حائزها الأخير؛ وكان التعامل فيها خلال مراحل تداولها المختلفة، يتم بافتراض سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها بعد تجاوزها الدائرة الجمركية التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر في نطاقها ضرائبها، وتتمكّل إجراءاتها؛ وكان ما تقدم هو الأصل فيها، فلا ينقض هذا الأصل إلا بدليل يقدم من الإدارة الجمركية ذاتها. وكان هذا الأصل مردداً كذلك بالمادة ٥ من القانون الجمركي التي يدل حكمها على أن البضاعة الواردة لا يجوز الإفراج عنها، إلا بعد أداء مكوسها على اختلافها، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛ فإن الواقعة البديلة التي اختارها النص المطعون فيه -ممثلة في عدم تقديم حائز البضاعة الأجنبية بقصد الاتجار فيها، ما يدل على الوفاء بالمكوس المقررة عليها- تكون قرينة على علم المتهم بأن البضائع الأجنبية التي يحوزها بقصد الاتجار فيها، قد تم تهريبها.

وهي قرينة تحكمية حجب المشرع بها محكمة الموضوع عن التحقق من توافر هذا العلم أو تخلفه. وتغدو القرينة بالتالي مقمة لإعذار افتراض البراءة.

**ثانياً:** إذ كانت جريمة التهريب الجمركي من الجرائم المعدية؛ وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها -وعلى ضوء تقديرها للأدلة التي تطرح عليها- من علم المتهم بحقيقة كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينياً، لا ظنياً أو افتراضياً؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية التدخل بالقرائن التي تنشأ لغل يد المحكمة عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع، إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ وكان نص الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي، قد حدد واقعة بذاتها جعل ثبوتها بالطريق المباشر، دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية، ليفرض بذلك وجهة النظر التي ارتأها في مسألة تستقل محكمة الموضوع بتحقيقها عند الفصل في الاتهام الجنائي؛ وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، ومأل ما يسفر عنه إلى العقيدة التي تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها؛ فإن واقعة العلم بالتهريب التي نسبها النص المطعون فيه إلى المتهم، تتمحض لتتحاللاً لا اختصاص عهد به الدستور إلى السلطة القضائية؛ وتحدياً على الحدود التي تفصل بينها وبين السلطة التشريعية؛ وبما يناقض كذلك افتراض البراءة من التهمة الجنائية، ويخل بالحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً.

### الفرد الثالث

#### مناط مسؤولية رئيس تحرير الصحيفة

٦٩١- كان المدعي قد أقام الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية أمام المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>، ناعياً على نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات مخالفتها للدستور. وقد تبين لهذه

(١) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩- ص ٢٨٦ وما بعدها في الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. هذا وتقضى المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بما يأتي:  
**فقرة أولى:** "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسؤول عن قسمها الذي حصل فيه لنشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير، بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته.

**فقرة ثانية:** ومع ذلك يعفى من المسؤولية الجنائية:

١. إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسؤول عما نشر.
٢. أو إذا أُرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسؤوليته، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يتم النشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسيم آخر".

المحكمة أن الفقرة الأولى من تلك المادة هي التي يقوم عليها الاتهام الجنائي ضد المدعى عليه الثاني باعتباره رئيس تحرير الجريدة التي نشر بها المقال المتضمن تذكراً وسباً في حق المدعى؛ وأن الخصومة الدستورية ينحصر نطاقها في هذه الفقرة؛ وأن ارتباطها بفقرتها الثانية وإن كان لا يقبل التجزئة -باعتبار أن أولاهما تقرر المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير، وأن ثانيتهما تحدد صور الإعفاء منها- إلا أن إبطال فقرتها الأولى يعتبر كافياً وحده لسقوط فقرتها الثانية التي لا يتصور تطبيقها ما لم يكن تقرير مسؤولية رئيس التحرير في الحدود التي تضمنتها الفقرة الأولى -جائزاً وفقاً لأحكام الدستور.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ المشار إليها، وبسقوط فقرتها الثانية. وقام حكمها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتية:

أولاً: لا شأن للجريمة بدخائل النفس ومضموماتها. ذلك أن الجريمة تبلور سلوكاً خارجياً مؤاخذاً عليه قانوناً.

ثانياً: الأصل في الجرائم العمدية جميعها، أنها تعكس تكويناً مركباً باعتبار أن قوامها التزام بين يد اتصال الإثم بعملها، وعقل واع خاطئها، يهيمن عليها، ويوجهها إلى النتيجة التي قصد إحداثها، ليلتم هذا القصد -باعتباره ركناً معنوياً في الجريمة- الشخصية الفردية في ملاحمتها وتوجيهاتها. ذلك أن حرية الإرادة تعني حرية الاختيار بين الخير والشر، ولكل وجهة هو موليتها، لتتحل الجريمة- في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي فرضتها المشرع، والإرادة التي نعمل فيها تلك النزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بديلاً عن الانتقام والثأر من صاحبها.

ثالثاً: يشير تجريم الأفعال التي تتصل بالمهام التي تقوم الصحافة عليها وفقاً للدستور -ولو بطريق غير مباشر- الشبهة المبنية حول دستوريته، لتفصل المحكمة الدستورية العليا فيما إذا كان الفعل المؤثم قانوناً في نطاق جرائم النشر، ينال من الدائرة التي لا تنتفخ حرية التعبير إلا من خلالها؛ أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها.

رابعاً: كفل الدستور للصحافة حريتها، ولم يجز إنذارها أو وقفها أو إلغائها إدارياً، بما يحول كأصل عام دون التدخل في شئونها، أو إرهابها بقيود ترد رسالتها على أعقابها، أو تقلص دورها في بناء مجتمعها وتطويره.

ذلك أن حرية الصحافة قوامها أن يكون الحوار بديلاً عن القهر والتسلط؛ ونافذة لإطلاع المواطنين على الحقائق التي لا يجوز حجبها عنهم؛ ومنحلاً لتعميق معلوماتهم فلا يجوز طمسها أو تلويثها. بل إن الصحافة تكفل للمواطن دوراً فاعلاً، وعلى الأخص من خلال الفرص التي تتيحها لنشر الآراء التي يؤمن بها Individual self-expression. فلا يكون سلبها منكفئاً وراء جدران مغلقة، أو مطارداً بالفرع من بأس السلطة وعدوانيتها.

خامساً: أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها، أصلاًن كفلهما الدستور بالمادتين ٤١ و٦٧.

فلا يجوز أن تأتي السلطة التشريعية عملاً يخل بهما، وعلى الأخص عن طريق ادعائها لنفسها الاختصاص المخول للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك القصد الجنائي إذا كان متطلباً فيها.

إلا أن النص المطعون فيه، يفترض أن الإنشء بالنشر الصادر عن رئيس تحرير الجريدة، يفيد علمه على وجه اليقين، بالمادة التي تضمنها المقال بكل تفاصيلها، وأن محتواها بشكل جريمة معاقباً عليها قصد رئيس التحرير إلى ارتكابها وتحقيق نيتها، مقيماً بذلك قرينة قانونية يحل فيها هذا الإنشء محل القصد الجنائي، وهو ركن في الجريمة العمدية لا تقوم بغيره.

ولا ينال مما تقدم، قالة أن البند (١) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، قد أغفى رئيس التحرير من المسؤولية الجنائية التي أنشأتها فقرتها الأولى في حقه، إذا قدم الدليل على أن النشر تم بدون علمه. ذلك أن مجرد تمام النشر دون علمه، ليس كافياً وفقاً لهذا البند لإعفائه من مسؤوليته الجنائية. وإنما يتعين عليه فوق هذا -إذا أراد التخلص منها- أن يقدم لجهة التحقيق كل ورقة ومعلومة تعينها على معرفة المسؤول عما نشر. بما مؤداه قيام مسؤوليته الجنائية، ولو لم يباشر دوراً في إحداثها. فضلاً عن أن النص المطعون فيه جعل رئيس التحرير مواجهاً بواقعة أثبتتها القرينة القانونية في حقه دون دليل يظاهاها، ومكلفاً المتهم بنفيها خلافاً لافتراض البراءة.

كذلك يظل رئيس التحرير وفقاً للبند (٢) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، مسؤولاً عن تجاريم التي تضمنها المقال، ولو أثبت أنه لو لم يقم بالنشر، لفقد وظيفته في الجريدة التي يعمل بها، أو تعرض لضرر جسيم آخر. إذ عليه فوق هذا، أن يرشد أثناء التحقيق عن أي الجريمة، وأن يقدم كل ورقة ومعلومة لديه، لإثبات مسؤوليته.

وهو ما يعنى أنه أيا كانت الأعدار التى يقدمها رئيس تحرير الجريدة، مثبتا بها اضطرابه إلى النشر، فإن مسؤوليته الجنائية لا تنتفى إلا إذا أرشد عن أشخاص قد لا يعرفهم، هم المسؤولون عن المقال أو غيره من صور التمثيل. وهو ما ينساقض شخصية المسؤولية الجنائية التى تقتضى ألا يكون للشخص مسئولاً عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتبارها فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سابعاً: لن ما تقدم مؤداه، أنه سواء أكان النشر فى الجريدة قد حصل دون تدخل من رئيس تحريرها؛ أم كان قد أذن بالنشر اضطراباً حتى لا يفقد عمله فيها، أو توقفاً لضرر جسيم آخر؛ فإن رئيس التحرير يظل فى الحالتين مسئولاً جنائياً بمقتضى النص المطعون فيه الذى أنشأ فى حقه قرينة قانونية افترض بموجبها علمه بكل ما احتواه المقال المتضمن سباً أو قذفاً فى حق الآخرين. وهى بعد قرينة يظل حكمها قائماً، ولو كان رئيس التحرير متغيباً عند النشر، أو كان قد عهد إلى أحد محرريها بقدر من مسؤوليته؛ أو كانت السلطة التى يباشرها عملاً فى الجريدة تؤكد أن توليه لشؤونها ليس إلا إشرافاً نظرياً لا فعلياً.

سابعاً: وما يقال من أن كل واقعة أوردتها المقال متضمنة سباً أو قذفاً فى حق الآخرين، ما كان لها أن تنصل بالغير، إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها، لتكتمل بالنشر الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير.

مردود أولاً: بأن الجريمة العمدية تقتضى لتوافر القصد الجنائى بشأنها -وهو أحد أركانها- علماً من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجة غير التى قصد إلى إحداثها، شأن الجريمة العمدية فى ذلك، شأن الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه لرئيس تحرير الجريدة باعتباره فاعلاً أصلياً لها.

ولا يتصور بالتالى أن تتمحض هذه الجريمة عن إهمال يقوم مقام العمد. إذ هى جريمة عمدية ابتداء وانتهاء لا تتوافر أركانها ما لم يكن رئيس التحرير حين أذن بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً، كان مدركاً أبعاده وإعياً بآثاره، قاصداً إلى نتيجته.

ومردود ثانياً: بأن اعتبار رئيس تحرير الجريدة فاعلاً أصلياً لجريمة عمدية، ومسئولاً عن ارتكابها، لا يستقيم مع افتراض القصد الجنائى بشأنها، وإلا كان ذلك تشوبها لخصائصها.

ومردود ثالثاً: بأن ما تتوخاه كل جريدة، هو أن يكون اهتمام قارئها بموضوعاتها حياً من خلال تنوعها وعمقها وتعدد أبعادها وامتدادها على كامل صفحاتها مع كثرتها، وتطورها لكل جديد في العلوم والفنون على تباينها. فلا تكون قوة الصحافة إلا تعبيراً عن منزلتها في إدارة الحوار العام وتطويره، لا تنقيد رسائلها في ذلك بالحدود الإقليمية، ولا تحول دون اتصالها بالآخرين قوة أيا كان بأسها؛ بل توفر صناعتها -سواء من خلال وسائل طبعتها أو توزيعها- تطوراً تكنولوجياً غير مسبوق يعزز دورها، ويقارنها تسابق محموم يتوخى أن تقدم الجريدة في كل إصداراتها، الأفضل والأكثر إثارة لقراءها، وأن تتيح لجمهورها قاعدة أعرض لمعلوماتهم، ومجالاً حيوياً يعبرون فيه عن ذواتهم، وأن يكون أثرها في وجدانهم، وصلتهم بمجتمعهم بعيداً.

بل إن الصحافة بأدائها وأخبارها وتحليلاتها، إنما تقود رأياً عاماً ناضجاً، وفاعلاً، يبلوره إسهامه في تكوينه وتوجيهه.

ولا يتصور في جريدة تتعدد صفحاتها، وتتراحم مقالاتها، وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطاً بها جميعاً، نافذاً إلى كافة محتوياتها، محصياً بعين ثاقبة كل جزئياتها، ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا أن يقيسها وفق ضوابط قانونية قد ينق الأمر بشأنها، فلا تتحد تطبيقاتها.

ومردود رابعاً: بأن المسؤولية التصيرية وفقاً لقواعد القانون المدني -رقومها كل عمل غير مشروع أحق ضرراً بالغير- هي التي يجوز افتراض الخطأ في بعض صورها. ولا كذلك المسؤولية الجنائية، التي لا يجوز أن يكون الدليل عليها منتحلاً، ولا ثبوتها مفترضاً.

ومردود خامساً: بأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد أتى عملاً مكوناً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره. ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلاً للجريمة إلا من خلال أعمال بإشرافه تتصل بها وتعتبر تنفيذاً لها. ولئن جاز القول بأن العلانية في الجريمة التي تضمنها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن نقفاً وسباً في حق الآخرين، إلا أن مسؤولية رئيس التحرير جنائياً عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، ومدخلها علماً يقينياً بأبعاد هذا المقال.

ولا كذلك النص المطعون فيه، إذ افتراض مسؤوليته جنائياً بناء على صفته كرئيس تحرير يتولى شئون الجريدة باعتباره مرفقاً عليها، فلا يكون مناطها إلا الإهمال في إدارتها، حال أن الإهمال والعمد نقيضان لا يتلاقيان. بل إن رئيس تحرير الجريدة، يظل دون غيره

مستولاً عما ينشر فيها، ولو تحدثت أقسامها، وكان لكل منها محرر مسئول مباشر عليها سلطة فعلية.

ومردود سادساً: بأن صور الإعفاء من المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير -المقررة بالفقرة الثانية من المادة ١٩٥ع- لا يتصور تطبيقها إلا إذا كانت هذه المسؤولية موافقة ابتداء لأحكام الدستور، ومن ثم يكون ليطال فقرتها الأولى لمخالفتها للدستور؛ مستتبعا سقوط الفقرة الثانية من هذه المادة، فلا تقوم لها قائمة.

### الفرع الرابع

مناط علم المؤجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم

#### في شأن عين مؤجرة

٦٩٢- كان قد طعن في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن مخالفتها للدستور<sup>(١)</sup>.

وقد قضى بعدم دستورية هذه الفقرة، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكلن أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. وقام قضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعائم الآتية:

ولاً: أن القرائن القانونية جميعها من عمل المشرع. وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل لركن الجريمة بعيداً عنها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهمين إلا نفيها.

وهي بذلك تقصر عن أن تؤكد بصفة نهائية صحة الواقعة التي افترضها المشرع، باعتبار أن الأصل هو جواز هدمها Rebuttable Presumption.

(١) صدر الحكم فيها بجلسة ٣ يناير ١٩٩٨ وهو منشور في ص ١٠٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. هذا وتكرر الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن على ما يأتي يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠ جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أجر مكاناً أو جزءاً منه، أو باعها، ولو بعد غير مشهر، أو مكن آخر منه، وكان ذلك التأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو غير مشهر، صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم.



ثانياً: أن افتراض براءة المتهم، يستصحب الفطرة التي جبل الإنسان عليها. وهو كذلك شرط للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. فضلاً عن صلته الوثيق بالحق فسي الحياة، وبدعائم العدل التي تقوم على قواعد النظم المدنية والسياسية جميعها.

والبراءة لا يجوز تعليقها على شرط يهملها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام يكون متهاوياً.

بل إن الإخلال بها -وباعتبارها مبدأ بدهياً- An Axiomatic Precept يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها. ولا يعتبر مجرد الاتهام كافياً لهدم أصل البراءة، ولا مثبتاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حائلاً دون التتليل عليها. وإنما يظل هذا الأصل قائماً إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صلب باتا بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها بكل مكوناتها- كان نقياً متكاملًا.

ويبدو افتراض البراءة أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع بالنظر إلى أن الوسائل الإجرائية التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعها موارد ضخمة تقتصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا افتراض البراءة، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها Dans la Doute, on acquitte.

ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتها. وإنما يكون لكل منهم حوزة مكاناً إلى هذا الأصل- أن يظل "ابتداءً" صامتاً، وأن يفيد "انتهاء" مما يعتبر شكاً معقولاً Doute raisonable محيلاً بالتهمة من جهة ثبوتها.

ثالثاً: تدل الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المطعون عليها، على أن الجريمة المنصوص عليها فيها من الجرائم العمدية، وأن مناطها قيام شخص بتأجير عين بذاتها أو جزء منها ولو بعقد غير مشير- كلما تم هذا التأجير بالمخالفة لعقد قائم سبق أن حرره هو أو صدر عن نائبه أو عن أحد شركائه، أو نوابهم. ومن ثم يكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في هذه الجريمة لازماً لثبوتها.

بيد أن المشرع قدر أن التعاقد الجديد المناقض للعقد السابق، قد لا يكون صادراً عن دخل في العقد الأول، بل عن نائبه، أو أحد شركائه، أو عن وكيل لأيهما، فافتراض علم هؤلاء جميعاً بالعقد السابق؛ وكأنهم جميعاً شخص واحد يقدر لأمره عواقبها، ويزنها في إطار من القيود التي حدد بها المشرع نطاق الأعمال التي يجوز أن يباشرها.

وهو افتراض لا دليل عليه، ومؤداه إعفاء النيابة العامة من التزامها بتقديم الدليل على علم المؤجر بالتعاقد السابق الصادر من نائبه، أو من شريكه في العين التي يملكها.

ونلك هي القرينة القانونية التي أقحمها المشرع على افتراض البراءة، والتي أهدر بها الحرية الشخصية التي تبلور النصوص العقابية أخطر القيود عليها؛ ولتي يعتبر ضمانها ضد كل صور التحامل والتسلط، لازماً لصونها؛ وعلى الأخص في إطار محاكمة جنائية يكون زمامها بيد محكمة الموضوع وحدها؛ ويقوم قضاؤها فيها متصلاً بأعمال التحقيق التي تجربها بنفسها، والتي تستخلص منها اقتناعها بقيام الجريمة المدعى بها أو انتفاؤها. فذلك وحده شرط إنصافها.

ومن ثم تكون الفقرة المطعون عليها مخالفة لأحكام المواد ٤١، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور<sup>(١)</sup>.

والقول بأن الأحكام التي تضمنها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في شأن سريان قواعد القانون المدني على صور بذواتها من العلاقات الإجبارية، وإهدار كل قاعدة على خلافها، تعتبر أصلح للمتهم في مجال تطبيقها على النزاع المائل، مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور، يعتبر شرطاً مبدئياً للنظر في أصلحهما للمتهم. ولا كذلك الفقرة الثانية المطعون عليها التي خلص قضاء هذه المحكمة إلى تعارضها مع بعض الأحكام التي تضمنها.

### المطلب الثاني

#### التمييز بين القرائن القانونية وإعمال المسؤولية الجنائية بطريق القياس

٦٩٣- على أن القرائن القانونية جميعها -في مجال تطبيقها في النطاق الجنائي- تفترض إعفاء لسلطة الاتهام، من تقديم الدليل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها.

ويظل التليل على الجريمة في باقي عناصرها، واجبا أصيلاً على هذه السلطة تتولاها بنفسها وبوسائلها. ولا كذلك أن تكون المسؤولية الجنائية لشخص معين، تكميلاً على المسؤولية الجنائية لغيره، إذ لا يتصل ذلك بالقرائن القانونية في قليل أو كثير. وإنما تتمحض المسؤولية

(١) انظر كذلك في عدم دستورية افتراض القصد الجنائي، قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٦ فبراير ١٩٩٦، والمنشور في ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

الجنائية في هذا الفرض عن مسئولية بطريق القياس. ذلك أن المتهم إذ يعتبر مسؤولاً جنائياً عن جريمة بعينها، لمجرد أن غيره قد ارتكبتها؛ فإن هاتين المسئوليتين لا تكونان منفصلتين أو مختلفتين. وإنما تكون مسئوليته هو عن الجريمة، ملحقه بمسئولية غيره بشأنها لتقوم معها وتزول بتخلفها.

ونقدم لنا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" خير مثال على ذلك. فقد اتهم بعض المسئولين عن النشر في جريدة حزبية بأنهم نسبوا إلى وزير البترول والثروة المعدنية -وعن طريق النشر في جريدة حزبية- أموراً لو قام الدليل عليها لكان واجبا عقابه، باعتبارها تشكل في حق جرائم الرشوة والتزوير والإضرار بالمال العام؛ وكان ذلك بسوء قصد منهم؛ وبغير تكليل من جانبهم على حقيقة كل فعل نسبوه إلى المضرور من النشر.

وإذ كان الاتهام الجنائي قد شمل رئيس الحزب الذي يملك الجريدة، فقد دفع رئيس الحزب بعدم دستورية المادة ٢/١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، والتي تنص على أن يكون رئيس الحزب مسؤولاً مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها<sup>(١)</sup>.

٦٩٤- وهذه الفقرة هي التي قضى بعدم دستورتها تأسيساً على ما يأتي<sup>(٢)</sup>.

أولاً: أن رئيس الحزب يعد مسؤولاً وفقاً للنص المطعون فيه بوصفه شخصاً طبيعياً، وليس باعتباره نائباً عن الحزب الذي يمثله قانوناً في التعاقد، وكذلك في علاقاته بالغير، وأمام القضاء. ومسئوليته هذه لا تقوم "منفردة" لخصائص تتعلق بها؛ ولا ترتبط بأعمال محددة تقوم عليها؛ بل انضماماً إلى مسئولية غيره لتقارنها، وتصبحها، فلا تنفصل عنها.

ذلك أن مسئولية رئيس التحرير عما ينشر في الصحيفة الحزبية؛ لا ينظمها إلا نص المادة ١٩٥ع التي تقضى بأنه "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر -إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير- بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته".

(١) انظر القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢- ص ٤٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم تقوم مسئولية رئيس الحزب التي رتبها النص المطعون فيه، مع مسئولية رئيس التحرير، وإلى جانبها، لتكون لها ملاحها ومقوماتها.

ثانياً: أن النص المطعون فيه -وإن كان عقابياً- إلا أنه خلا من بيان الأفعال التي أتمها في شأن رئيس الحزب، والتي يحتر إتيانه لها واقعا في دائرة التجريم. وإنما جعل مسئولية رئيس التحرير الجنائية -وفي الحدود المنصوص عليها في المادة ١٩٥ ع- أصل تنفرع عنه مسئولية رئيس الحزب -المدعى في الخصومة الدستورية- جنائياً. وجاء بذلك مخالفاً للدستور، ذلك أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور، تفترض شخصية المسئولية الجنائية، فلا يزر الشخص غير سوء عمله، ولا يؤخذ بجريرة الجريمة إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، ولا يكون مسؤولاً عن الجريمة، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

ثالثاً: أن تحديد الأفعال التي كان ينبغي أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائي، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة للمهام التي ناطها الدستور بها. وتوجبها مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية، التي تفصل على ضوئها فيما إذا كان الفعل المؤتم قانوناً في نطاق جريمة النشر، ينال من الدائرة التي لا تنتفص حرية التعبير عن الآراء إلا من خلالها، أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتباراً. ذلك أن الدستور كفل للصحافة حريتها بما يحول -كأصل عام- دون التدخل في شؤونها، أو إرهابها بقيود تؤثر في رسالتها.

رابعاً: أن النص المطعون فيه، مؤداه أن جرائم النشر التي تقع من خلال الصحيفة الحزبية، تتعلق أساساً وابتداء برئيس التحرير؛ وبالمدعى إلحاقاً كرئيس للحزب الذي يملك تلك الصحيفة- وبوصفها فاعلين أصليين لها. وإذا كان هذان المتهمان مجابيهين بهذه الجرائم بافتراض أن لهما دوراً في إحداثها، وأنها عائدة إلى تخليهما عن واجباتهما؛ فقد غدا لازماً أن يكونا متكافئين في وسائل دفعها. غير أن النص المطعون فيه، جرد رئيس الحزب من وسائل الدفاع التي يقبل بها التهمة المنسوبة إليه، واكتفى بأن تدلل النيابة العامة على مسئولية غيره ممثلاً في رئيس التحرير، لتقوم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب ترتيباً عليها، وفي إطارها.

وهو ما يعنى أن رئيس الحزب صار -في نطاق مسئولية الجنائية الشخصية- تابعاً لغيره في أمر يرتبط بحريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها بأفعال يأتيها الآخرون، ويكون مصيره معلقاً عليها. وأية ذلك أن النص المطعون فيه يقيم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب

فى الحدود التى تنهض بها المسئولية الجنائية الشخصية لرئيس التحرير. فإن هو هدمها، أفساد رئيس الحزب من سقوطها، وإلا تحمل تبعاتها كاملة. وهو ما يعتبر تمييزاً جاثراً بين المتهمين فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها وفقاً للدستور، وعلى الأخص على صعيد محاكمتهم بطريقة منصفة فى مقوماتها وضوابطها، تنكافاً من خلالها فرصهم فى مواجهة الاتهام الجنائى ونفيه، مما يخل بمساواتهم أمام القانون وفقاً لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن المسئولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحزب، هى فى حقيقتها نوع من المسئولية بطريق القياس Punishment by analogy. فقد ألحق المشرع مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير، وربطها بها، وجعلها من جنسها، وأقامها من نسبها، وأضافها إليها لتتبعها ثبوتاً ونقياً، ولتحيلها إلى مسئولية مفترضة فى كل مكوناتها وعناصرها.

فلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع (Material element)، ناهياً رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه، ولا على إرادته الواعية (Mental element)، التى تدل على توجهها وجهة إجرامية بذاتها، لبلوغ أغراض بعينها.

وإنما جعل المشرع مسئولية رئيس التحرير دون غيرها، موطناً لمسئولية رئيس الحزب، ودليلاً عليها. بل وبدلاً عن ثبوتها، تنهض معها وتزول بزوالها. بما يؤكد تضام هاتين المسئوليتين، وأنهما فى حقيقتهم مسئولية واحدة، هى تلك التى تقوم فى شأن رئيس التحرير، وحملها عليها.

سادساً: أن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مؤدها، أن الصحيفة الحزبية زامها بيده، يستقل بأمورها ويهيمن عليها، وأن إهمالاً وقع منه فى مجال تقييم ما ينشر بها. وهو افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء، وتأباه العدالة الجنائية ويناهض مقوماتها وقواعد إدارتها. وذلك من وجهين:

أولهما: أن هذا الافتراض يعنى ألا تنشر مادة فى الصحيفة الحزبية إلا بعد عرضها عليه، ليقوم بتقييمها وفقاً لمعايير ذاتية يستقل بتقديرها ومراجعتها، ويعبر من خلالها عن توجهه الخاص، لينفرد بالصحيفة الحزبية محدداً إملاء ما ينشر فيها. ومن ثم يغدو اختصا لص رئيس التحرير منعداً فى نطاقها، وتصير مسئوليته عنها لغواً.

وهو ما يناقض التنظيم العقابي القائم على أن مسؤولية رئيس التحرير وفقاً للنص المطعون فيه، هي الأصل، وإن إثباتها مؤاده أن تنهض معها -بقوة القانون- مسؤولية رئيس الحزب التي تنفرع عنها.

ثانيتهما: أن هذا الافتراض لو صح في رئيس الحزب، لكان مؤاده أن تقوم مسؤوليته الجنائية استقلالاً عن غيره، ولصار لازماً أن يتولي بنفسه مراقبة مادة النشر في كل جزئياتها، وأن يتخلى بذلك عن واجباته الحزبية التي تقتضيه العمل على أن يكون حزبه أعرض قلعة، وأكثر نفوذاً، وأبعد تطوراً، وأعمق فهماً لأمال أنصاره وطموحاتهم.

سابعاً: أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، مؤاده تجريدتها من قوة نفاذها، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها، وامتناع مذابحة الاتهام الجنائي بمناسبة تطبيقها.

وكذلك فسم العلاقة التي فرضتها هذه الفقرة بين مسؤولية رئيس الحزب الجنائية، ومسؤولية رئيس التحرير، فلا يمتزجان أو يتضامان.

### المطلب الثالث

#### قرائن قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الأشياء

#### فرع وحيد

#### مناطق مسؤولية من يعرض للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان

٦٩٥- فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، الأحوال التي يقوم بها عولر مؤد إلى تلفها، ويكون مانعاً من تداولها، وقاطعاً بانتقاء صلاحياتها لاستهلاكها آمناً، وهي أحوال حددها هذا القانون حصراً.

وإذا قدم أحد المتهمين إلى المحاكمة الجنائية لعرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان [لحوماً] مع علمه بذلك؛ وكان المحضر الذي حرره مأمور الضبط القضائي يتضمن عرضه للبيع لحماً ذبح خارج المجزر العام، واعتبر لذلك غير صالح آمناً للتداول، عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦؛ فقد طعن المتهم على هذه الفقرة طالباً الحكم بعدم دستوريته.

وقد أجابته المحكمة الدستورية العليا إلى طلبه، وقام حكمها في ذلك على مايلي:

أولاً: الأصل في الأغذية على اختلافها، هو خلوها من أمراضها؛ فلا تخرج عن طبيعتها لغير أمر عارض يصيبها في مكوناتها، بما يغير من تركيبها وخواصها الطبيعية. وهذا العارض ليس إلا صفة تطرأ عليها، ومن ثم يفترض تخلفه لا وجوده. إذ الأصل في كل صفة عارضة، هو عدم. ولا يجوز بالتالي أن يفترض النصوص للقانونية عواراً اتصل بالأغذية، وافقدها صلاحية استهلاكها آدمياً، إذ يناقض هذا الافتراض الأصل فيها وهو سلامتها لا تعييبها. وهو أصل لا يجوز أن ينهدم إلا بدليل من الوسائل العلمية ذاتها يوفره أهل الخبرة.

ثانياً: إذ افترض المشرع بالنص المطعون فيه، أن عدم ختم أجزاء اللعوم التي يعرضها أصحابها للبيع، بخاتم المجزر العام، مؤده تلفها ويقتضى إعدامها؛ وكان هذا الافتراض مبناه قرينة قانونية أحل المشرع بمقتضاها واقعة عدم ختم أجزاء الذبائح بخاتم المجزر العام، محل واقعة قيام عارض بها تنقضي به صلاحية استهلاكها آدمياً -وهي الواقعة التي كان يتعين أن يدور الدليل حولها لإثباتها أو لنفيها- فإن القرينة التي أحدثها المشرع في النطاق المتقدم، تكون مجافية لأصل خلو الأغذية جميعها من العوارض التي تعييبها.

وهي تحي كذلك الملطة القضائية عن اختصاصها المقرر في شأن التحقق من قيام كل جريمة تفصل في ثبوتها أو انتفاؤها على ضوء أركانها التي حددها المشرع. فضلاً عن إعفائها النيابة العامة من واجبها في تقديم الدليل على وقوع الجريمة التي تدعيها، وإهداراً للحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً<sup>(١)</sup>.

#### المطلب الرابع

#### قرائن قانونية مخالفة للدستور لتعديها على الحق في الملكية

٦٩٦- كان المدعى في الخصومة الدستورية، قد أقام دعواه الموضوعية أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد مصلحة دمع المصوغات والموازين، طالباً إلزامها بدفع المشغولات الذهبية التي كان قد قدمها لها، مع استعادته لنفع الرسوم المقررة عليها. ثم دفع

(١) انظر تلك القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بعدم دستورية المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة  
التي تنص على ما يلي<sup>(١)</sup>:

<<إذا كانت المعادن وغيرها مما هو منصوص عليه فيه، واردة من الخارج، فلا يجوز  
سحبها من الجمارك أو البريد، إلا إذا كانت مدموعة بدمغة أجنبية معترف بصحتها وفقاً للمادة  
الثانية من هذا القانون.

فإذا قدمت إلى مصلحة دمج المصوغات والموازين مباشرة، وجب على مقدم هذه  
الأصناف إثبات دخولها للبلاد بطريقة مشروعة.

فإذا لم يتم ذلك وجب على المصلحة قبل قيامها بفحصها وتحديد عيارها ودمغها، إبلاغ  
الأمر لجهات الاختصاص مع التحفظ على الأصناف المشار إليها، وإثبات شخصية مقدمها  
لحين التصرف فيها بمعرفة الجهات المذكورة>>.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أنه نظراً لورود مشغولات أجنبية مع  
مواطنين مصريين إلى مصلحة دمج المصوغات والموازين لفحصها ودمغها مما يؤثر الشبهات  
حول مصدرها، ومما يحتمل معه "ارتكاب جريمة من جرائم التهريب الجمركي" لعدم ورودها  
من الخارج عن طريق الجمرک أو البريد، وحرصاً على الصالح العام، فقد نصت المادة ١٥  
من المشروع على أنه يجب على المصلحة المذكورة إبلاغ جهات الاختصاص فوراً بذلك، مع  
التحفظ على كل ما يقدم إليها من هذا القبيل، وإثبات شخصية مقدمها، لحين التصرف فيها  
بمعرفة هذه الجهات.

٧٠٠- وقد قضي بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن  
الرقابة على المعادن الثمينة، وذلك فيما تضمنه من النص على عدم دمج المعادن الثمينة  
والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها مانتة الأولى، والتصرف فيها بمعرفة  
جهات الاختصاص<sup>(٢)</sup>. وذلك تأسيساً على:

(١) حددت المادة الأولى من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة- المعدل بالقانون  
رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤- المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار  
التي تسرى عليها أحكامه.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قسائية كسورية- جلسة ١٦٩٧/٧/٥- لقاعدة رقم ٤٨- ص  
٧٣١ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.



أولاً: أن القواعد الجوهرية التي تدار الحالة الجنائية على ضوءها، لا يجوز تطبيقها إخلالاً بالأعراض النهائية للقوانين الجزائية، التي ينافيها أن يدان المتهمون بغير جريمة، أو وفق أدلة لا تبطل محكمة الموضوع بصرها فيها، ولا تبلغ منها قوة الإقناع التي تملئن معها إلى نسبة الجريمة لفاعلها.

ثانياً: أن اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتحديد عقوباتها، لا يخولها التدخل في المجال الجنائي لفرض قرائن قانونية تنفصل عن واقعها، ولا تربطها علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها. إذ لا يعدو ذلك منها، أن يكون إخلالاً لإرادتها محل السلطة القضائية، لتجنيبها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية وتقدير أدلتها في شأن جريمة بذاتها لا يتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركنيها بالشروط التي تطلبها المشرع فيهما.

ثالثاً: أن النص المطعون فيه، مژداه أن التقدم مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة بمشغولات ذهبية لفحصها وتحديد عيارها ودمغها، يفترض دخولها إلى مصر عن غير طريق البريد أو المنافذ الجمركية. وهو ما يعنى تهريبها إليها. حال أن تقديمها مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة من أجل دمغها، لا يفيد بالضرورة عبورها الحدود الإقليمية لجمهورية مصر العربية عن غير طريق منافذها التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر مكوسها.

كذلك فإن عدم تقديم حائزها للدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع، لا يفيد سبق تهريبها، بنشاط أثناء، ولا علمه بتهريبها لو أن غيره كان مسؤولاً جنائياً عن التحايل على النظم الجمركية المعمول بها.

ذلك أن المعادن الثمينة، شأنها شأن غيرها من البضائع الواردة، تحكمها قاعدة مبدئية مفادها أن البضائع التي يتم التعامل فيها فيما وراء الحدود الخارجية للنواشر الجمركية، يفترض مرورها عبرها، وتحصيل مكوسها أثناء وجودها في نطاقها، ثم خروجها منها بعد استيفائها لإجراءاتها.

يؤيد ذلك أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم المعدية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها. ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، عملاً مادياً أثناء جان؛ ولا اتهامها جنائياً تتساند فيه القرائن، بل تصوراً راجحاً أو مرجوحاً، وهي بذلك إلى الظن أدخل،

وإلى التوهم أدنى، ومن اليقين أبعد. ولا محل بالتالى لإسنادها إلى من يتعاملون فى بضائع فيما وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية. ذلك أن نقلها بعد خروجها منها، وكذلك حيازتها ممن لا يقوم الدليل على اتصالهم بتهريبها، عمل جائز قانوناً. والقول باحتمال أن يكون حائزها عندئذ مهرباً، ادعاء بلا دليل، لا ينقض افتراض البراءة، ولا يجهض ما هو مفترض من سبق أداء مكوسها.

رابعاً: أن أصل البراءة مفترض فى كل متهم، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستتب من عيون الأوراق وبموازين الحق، وعن بصر وبصيرة.

وإذا كان أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا يتعلق بطبيعة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها؛ وكان هذا الأصل ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التى تسبقها وتؤثر فيها؛ وكان النص المطعون فيه قد أجاز فرض قيود فى شأن المعادن الثمينة موداها غل يد حائزها -الذين لا يقيمون الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشعوع- عن تداولها سواء من خلال تحفظ جهات الاختصاص عليها، أو بمنعها أصحابها من التعامل فيها؛ وكان المفترض فى هؤلاء الحائزين، أنهم أسوأ استصحاباً لأصل براءتهم، شأنهم فى ذلك شأن غيرهم من المواطنين الذين يظلم جميعاً هذا الأصل، فلا ينقض إلا بحكم يكون باتاً؛ فإن النص المطعون فيه، يكون بذلك متضمناً تمييزاً غير مبرر بين أولئك وهؤلاء، ومخالفاً بالتالى لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن الدستور -إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإسهامها فى صون الأمن الاجتماعى- كفل حمايتها لكل فرد -وطنياً كان أم أجنبياً- ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفى الحدود التى تقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة -فى الأعم من الأحوال- إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إتمامها، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها.

سادساً: أن السلطة التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الملكية لضبطها وفقاً لوظيفتها الاجتماعية، حدها قواعد الدستور؛ فلا يجوز أن ينال المشرع من عناصرها؛ ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها؛ ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها؛ أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تنترع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. ودون ذلك تنتفد الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية التى كفلها الدستور بالمادتين ٣٢ و٣٤، ويكون العدوان عليها غصباً وافقتاناً على كيانها، أدخل إلى مصادرتها.

سابعاً: أن القيود التي فرضها النص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه، ليس مدخلها الاتفاق، بل مصدرها نص القانون. وهي بعد لا تقتصر على حرمانهم من إدلة أموالهم، بل تتعداها إلى منعهم من التعامل فيها.

وفي كل ذلك تلال هذه القيود من ملكيتهم، وتقوض أهم خصائصها، لتكون على مضمونها وأثرها- صورة من صور الحرمان يفرضها المشرع عليها بعيداً عن صدور حكم قضائي بها- بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التي تنص أن تكون الملكية لأصحابها يباشرون عليها كل الحقوق المتفرعة عنها، لتظل أيديهم متصلة بها، لا تغل عنها، ولا ترد عن حفظها وإدارتها، بل يحيط ذوها بها، وبشكل من التعامل يقدرون ملازمة للدخول فيها؛ وكان هذان الإجراءان -وهما التحفظ على المشغولات الذهبية إلى أن تباشر جهة الاختصاص تصرفها فيها- مترتبين على افتراض المشرع تهريبها، وينتهيان إلى غل يد مالكها عن إدارتها والتعامل فيها، فإنهما بذلك يمثلان عدواناً على الملكية الخاصة التي كفل الدستور صونها.

### الفصل الثالث

#### استماع الإخلال بالحقوق

#### التي كفلها الدستور للمشتبهين والمتهمين

#### المبحث الأول

#### ضمان الحق في الحصول على مشورة محام<sup>(١)</sup>

٦٩٧- ثمة روابط حقيقية وأصيلة بين حق المتهم في الاستماع إليه، وبين أن يتم هذا الاستماع عن طريق محاميه في وجوده. ويتعين بالتالي أن يوفر المشرع الفرص الحقيقية التي يؤمن بها محاميا بتولي الدفاع عن المتهم.

فإذا كان المتهم من المعوزين الذين لا يملكون مالا كافيا يدفعونه أتعابا لمحاميهم، فإن على المحكمة أن توفر لهم محامين يندبون من قبلها Appointed Counsel للدفاع عنهم<sup>(٢)</sup> وسواء كان المحامي معينا أو مأجورا، فإن الحق في الحصول على مشورة محام يعتبر صمام أمن يكفل لكل متهم ضمانته الحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية. وبدونه لن تتحقق للعدالة مفاهيمها أو متطلباتها. ولا يجوز بالتالي أن توفره المحكمة في زمن دون آخر، أو في أوضاع غير ملائمة يعجز معها المتهم عن مواجهة التهمة بطريقة فعالة.

ذلك أن المتهمين يكونون عادة من أوساط الناس الذين لا يدركون الحقائق القانونية الكافية التي تعينهم على مواجهة الاتهام. فإذا أدركوها في بعض جوانبها، فإن معرفتهم بها تكون قاصرة لا تؤهلهم لإعداد دفاع مقنن، وعلى الأخص بالنظر إلى تعقد بعض صور الاتهام أو خفاء جوانبها أو تشابكها، أو حتى اضطرابها، فلا يستقيم فهمها لغير رجال القانون الأعرق خبرة. وما لم يسقط المتهم حقه في الحصول على مشورة محام عن بصر وبصيرة Competently and intelligently waived، فإن هذا الحق يظل قائما.

ذلك أن أقل الأضرار مماسا بالخيرية الشخصية، شأنها شأن أسوأها وقعا عليها. كلاهما ينال من مركز المتهم بين أهله، وفي إطار الجماعة التي هو من أفرادها.

ولا يجوز كذلك ربط ضمانته الدفاع بالأوضاع الخاصة التي تحيط ببعض الجرائم، وحجبها بالتالي عن سواها. إذ لو صح هذا النظر لصار لإعمال هذه الضمانة أو رفعها، عملا

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

(٢) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

انتقائيا قائما على التحكم، وعلى نوع من التقييم لأهمية أو لضرورة الدفاع في دعوى بذاتها. وهو ما ينحل تقديرا شخصيا من المحكمة في مسألة لا شأن لها بها، بحكم اتصالها المباشر بالحق في استعمال هذه الضمانة أو إسقاطها، وهو حق يختص به المتهم دون غيره.

٦٩٨- ومن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن الناس لا يتميزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيه الطبيعي؛ ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكتفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في لفتضاها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. بل يجب أن يكون للحقوق عنها، قواعد موحدة، سواء في مجال التداعي بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استدلتها، أو الطعن في الأحكام التي تنطلق بها.

وضمانة الدفاع مطلوبة في المسائل المدنية والجنائية، ولكنها أكثر وجوبا في المسائل الجنائية. ذلك أن الوسائل التي تملكها سلطة الاتهام في مجال إثباتها للجريمة تدعها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها؛ ولا يوازنها إلا افتراض البراءة مقرونا بدفاع مقنن، لضمان ألا يدان متهمة عن جريمة اتهم بارتكابها، ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها.

ولا يجوز بالتالي إسباغ الشرعية الدستورية على نصوص عقابية لا تتكافأ معها وسائل الدفاع التي أتاحتها لكل من سلطة الاتهام ومتهمة. فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها ونفيها.

٦٩٩- وما نص عليه الدستور في المادة ٦٨ من ضمان حق للدفاع -سواء من خلال الأصلاء فيه أو عن طريق موكلهم- يفترض ألا يكون دور المحامين شكليا أو رمزيا. بل فاعلا، فلا يعاق.

ذلك أن الدستور كفل الحرية الشخصية واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها من خلال تنظيمها. وتفرض القوانين الجزائية على هذه الحرية أكثر القيود وأبلغها خطراً. ويتعين بالتالي أن تكون ضمانة الدفاع أداة موازنة هذه الحرية بالقيود عليها، حتى لا تراق الحرية للشخصية من خلال نظم جائزة لا تكفل لها الحد الأدنى من ضماناتها.

ويؤيد ما تقدم، أن المتهمين من أوساط الناس Laymen يختفون في فهمهم للقانون عن المحامين المدربين الذين يرتبون حججه وأوجه دفاعهم، ويقفون على ما نقص في أوراق التحقيق، وعلى أوجه اضطرابها، ويتركون كذلك تتلفض شهود الجريمة في أقوالهم، أو تلونهم خوفا من السلطة أو تحاملهم على المتهم بالنظر إلي خصائص الجريمة التي ارتكبها أو كرد فعل لتقبل الجماهير لها أو غضبهم منها، أو لضغائن سابقة أو لمصلحة يرجونها.

كذلك ينفذ المحامون إلي كل ثغرة في النصوص القانونية ذاتها، ويفيدون من كل حق مقرر بها، ويناقشون أوضاع الجريمة وظروفها خاصة المخففة منها، ويقدمون من أوجه الدفاع أكفها لمصلحة المتهم، ومن الأعذار ما يُلطفون به من سوء الجريمة<sup>(١)</sup>، ويعرضون نقاء سريرة المتهم وحسن ماضيه قبل ارتكابها، ويقفون علي بطلان كل دليل يثبتها.

فإذا لم يمثل محام للدفاع عن المتهم، تعذر القول بأن دعواه تم عرضها بصورة ملائمة.

وكثيرا ما يبدو المتهمون للذين يتولون الدفاع عن أنفسهم، وكأنهم مدانون، فلا يكون حضور محامين عنهم غير ضمان للحرية المنظمة، وضرورة تقتضيها حقائق العدل؛ وواجبا لا ترفا، يؤيده أن الدولة تعين أعضاء النيابة للدفاع عن مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة. والمتهمون يكلفون محامين يدفعون أتعابهم، بالدفاع عنهم. وهؤلاء وهؤلاء لا تقوم بدونهم محاكمة منصفة في كافة الدول المتحضرة، ويقفون أمام القانون متكافئين في الحقوق. وإلي جانبهم المحامون الذين تعينهم المحكمة للمعوزين من المتهمين<sup>(٢)</sup>، ليعمل هذا الفريق المتعدد العناصر في إطار منظومة متكاملة غايتها أن تكون الحقيقة -عطي الأكل في صورتها الراجحة- مدخلا للحكم الصادر في الجريمة، سواء بإثباتها أو نفيها.

وبغير المحامين فإن مخاطر الإخلال بالحرية الشخصية وبالحق في الحياة التي يتهدد بها المتهمون بجناية، تكون وخيمة عواقبها.

ويتعين بالتالي التمييز بين الجرائم التافهة Petty offences التي لا يشترط وجود محام فيها؛ وبين الجرائم الخطيرة Non-petty offences التي يكون تقييد الحرية الشخصية فيها أو الحكم بغرامة كبيرة في شأنها، احتمالا راجحا بغض النظر عن نوع العقوبة أو المدة المقررة لها في قانون الجريمة<sup>(٣)</sup>.

ولنر صرح القول بأن جرائم المرور تدخل في إطار الجرائم التافهة، إلا أن الجرائم الخلطية جميعها كالسرقة وخيانة الأمانة، ومواقعة امرأة بالقوة، وخطفها، وجرائم الإخلال بالعرض بوجه عام، تعتبر جرائم خطيرة يتعين حضور محام فيها عن المتهمين بها.

(١) فلو قتل رجل امرأة، فإن المحامي قد يتمسك أمام المحكمة بأن قتلها كان انتفاعا عاطفيا غلب المنهم علي أمره.

(٢) Gideon v. Wainwright. 372 U.S. 355 (1963).

(٣) Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972).

بقرار الحكم الصادر في هذه القضية، أن الحرائم البسيطة التي لا تنفذ فيها الحرية الشخصية أو التي تكون الغرامة المقررة لها تافهة، لا تستوجب حضور محام.

بل إن حضور محام في هذا النوع من الجرائم، يعتبر أكثر أهمية من محاكمتهم أمام هيئة محلفين<sup>(١)</sup>.

والمعوزين كذلك الذين يرغبون في الطعن استئنافاً على الحكم الصادر ضدهم، حق في الحصول من الدولة -وعلى نفقتها- على كافة أوراق الحكم المطعون فيه ومحاضر جلساته التي تعينهم على إعداد الطعن. ذلك أن مساواتهم بالقادرين لا يجوز أن تختل بناء على الثروة التي يملكها كل فريق منهم<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن تكافؤ الفريقين في الحقوق يقتضي أن يكون لكليهما حق في الحصول على عون محام يعمل جاهداً على هدم الحكم المطعون فيه، ويسقط بالتالي العقوبة التي قضى بها. فضلاً عن أن حضور المحامي، يعتبر حقاً في المرحلة الحرجة الواقعة بين القبض على المتهم واتهامه فعلاً. وحق المتهمين في ذلك حق مطلق، وعلى الأخص أثناء استجوابهم من قبل الشرطة. بل إن حضور المحامين عنهم أو معهم، يعتبر إجراء فعالاً وملائماً لحمل رجال الشرطة على الانصياع في تصرفاتهم لحكم الدستور والقانون<sup>(٣)</sup>.

وعلى القائمين بالتحقيق أن يخطروا الأشخاص الذين يشتبهون فيهم، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين إلى أن يحضر محام يمثلهم، وعلى الأخص خلال استجوابهم ليس فقط عن طريق الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة؛ وإنما كذلك من خلال غيرها من الوسائل التي تنتزع اعترافهم، والتي يعرفون أو ينبغي عليهم عقلاً أن يطموا بأنها على الأرجح تحملهم على الإدلاء بأقوال تكينهم<sup>(٤)</sup>.

٧٠٠- ولئن كان للمشرع حق تحديد القواعد الإجرائية التي تفصل المحكمة على ضوئها في الاتهام؛ وأن يغير كذلك في صورها على ضوء الأوضاع التي تواجهها، والأشخاص الذين تنطبق عليهم، وواقعاتها التي تتعلق بها؛ إلا أن شرط هذا التحديد أو التغيير، ألا يكون منتهياً إلى تمييز غير مبرر بين المخاطبين بها، ولا إلى التفريق بينهم في ضماناتهم، وعلى الأخص تلك التي تتعلق بحقوق الدفاع.

ذلك أن كل قاعدة إجرائية ينظم بها المشرع الفصل في الاتهام الجنائي، ينبغي أن تؤمن لكل متهم، ما يتصل بها من الحقوق الموضوعية التي يتحرر بها من طغيان السلطة، أو إساءة استعمالها.

(١) Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

(٢) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956).

(٣) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

(٤) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).

وليس شمة قاعدة أكثر ثباتاً وأعمق جذوراً من ضرورة أن يكون الاتهام الجنائي معرّفاً بالتهمة بصورة كافية، وأن يبين أدلتها، فلا يخفيها أحد عن المتهم المقصود بها؛ وأن يتوافر لكل منهم الفرص المعقولة التي يعرض من خلالها وجهة نظره في شأن الجريمة العالقة به.

وإذا كان من غير المقبول دستورياً، أن يدان شخص عن جريمة لم يتهم بارتكابها؛ فإن المبدأ الكامن وراء هذه القاعدة، يعمل بالقوة ذاتها في شأن كل اتهام بلا دفاع.

٧٠١- وصار حق الدفاع وثيق الصلة بالخصومة الجنائية من ناحية تجلية جوانبها. وتصحيح إجراءاتها ومتابعتها، وعرض الجريمة التي بسطها الاتهام من جهة توافيق الادعاء بارتكابها مع المنطق، أو توافر نموذجها وفقاً للقانون. والدفاع بذلك يعمل دأباً على بيان وجه الحق في الجريمة المدعى بها؛ متعباً كل حجة تطرحها سلطة الاتهام لإثباتها؛ متقصياً أدلتها على ضوء جوازها قانوناً، وإمكان الاستدلال عقلاً بها؛ مفاضلاً بين بدائل متعددة يقرر على ضوءها خطوط الدفاع عن المتهم، مع دعمها بما يكون لازماً من الأوراق؛ متخذاً في ذلك طرائق مختلفة، تتحدد أولوياتها على ضوء أوضاع الخصومة الجنائية، ومراحل سيرها، ومفاجأتها؛ مهتلاً كل الفرص التي يدعم من خلالها مركز المتهم ويقويه، وعلى الأخص كلما كان الاتهام الجنائي متعدد العناصر ومتشابكاً، تتداخل فيه نقاط قانونية بالغة التعقيد لا يحيط بها غير رجال القانون في أعماق خبراتهم.

والدفاع في كل ذلك، لا يكون فعالاً بغير مهلة معقولة لإعداده؛ ولا منتجاً بغير إتياء المتهم بالشهود والوثائق التي أعدتها سلطة الاتهام للتكليل على الجريمة وإثباتها؛ ولا مفيداً إذا لم يكن الحق في مناقشتهم، ثابتاً؛ ولا جدياً إذا لم يستطع الدفاع - من خلال وسائل إجرائية إلزامية - أن يؤمن لمصلحة المتهم الشهود الذين ينفون الجريمة، وينتقهم وفق اختياره أياً كان موقعهم من الجهة التي يعملون بها؛ ولا صائباً إذا حرم الدفاع من الاطلاع على كافة الأوراق التي تعضد بها النيابة موقفها من المتهم؛ ولا عدلاً إذا عزل المتهم عن الاتصال بمحاميه، سواء حرم من الاتصال به - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مرحلة الفصل في التهمة، أو قبلها، أو عند الطعن في الحكم الصادر فيها.

بل إن حق الدفاع يكون غائباً إذا انحصر في مرحلة الخصومة الجنائية، دون مراحل التحقيق التي تسبقها، والتي يكون المتهم أثناءها متخوفاً من بأس السلطة وبطشها، ومحتوئتها التأثير في تماسكه، وكأن يداً لن تراجعها فيما تفعل، أو تعارض نصرفها المناقض للقانون، خاصة وأن أمر التحقيق لا يتعلق بجريمة قام الدليل عليها، وإنما بجريمة لازال الغموض يحيط بارتكابها وبظروفها وبيئاتها. فلا يكون المائلون في التحقيق غير مشتبّهين. يلاحقهم



القائمون بالتحقيق بأسئلتهم ويتحفظون عليهم بما يقيد حريتهم الشخصية. وقد يسومونهم عذاباً لا قبل لهم به، أو يعرضونهم لضغوط لا يقوون على احتمالها فتهتار إرادتهم.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن 'ضمانة الدفاع يقتضيها أن حضور محام عن المتهم، أو معه، كثيراً ما يكون ضرورياً كرادع لرجال السلطة العامة، إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون، مطمئنين إلى غفوة الرقابة عليهم أو غيابها.

ومن ثم لا تقتصر القيمة العملية لضمانة الدفاع على مرحلة المحاكمة وحدها، وإنما تمتد مظلتها كذلك -وما يتصل بها من أوجه الحماية- إلى المرحلة السابقة عليها، والتي تؤثر إجراءاتها في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية بعد تحريكها، وبوجه خاص كلما أقر قبل رفعها بما يدينه عن طريق الإغواء أو الخداع؛ أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته، بعد انتزاعه من محيطه؛ وتقييد حريته على وجه أو على آخر.

وهو ما حدا بالدستور إلى أن يخول بنص المادة ٧١ كل من قبض عليه أو اعتقل، حق الاتصال بغيره كي يبلغه بما وقع، أو للاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه في الحصول على المشورة القانونية التي يطلبها ممن يختاره من المحامين.

وهي مشورة لا غنى عنها لأنها توفر لمن يحصل عليها سباجاً من الثقة والأطمئنان. فلا يفزع من جهة التحقيق، ولا من أية جهة أخرى غيرها يكون في قبضتها.

ذلك أن هذه المشورة هي يد محاميه التي يقدمها إليه ليقبل الشبهة الإجرامية التي أحاطت به، وقيدت حريته الشخصية. ويقتضى دفعها، ألا يعزل المتهم عن الاتصال بمحاميه بما يسى إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله. ذلك أن الحق في الحصول على معونة محام The right to the aid of counsel من الحقوق الجوهرية التي يناقض الإخلال بها شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلى الأخص إذا أحق الخطر بحياة المتهم وكان جاهلاً أمياً صغير السن أحاط به جهود عدائي، وكان وجود أصدقائه وأفراد عائلته الذين عزل عنهم، ضرورياً.

فضلا عن أن المتهم بجناية، غالبا ما يكون مضطرباً، قلقاً على مصيره، إذا أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحاجة القانونية الملائمة، بما يهدد حريته الشخصية بأكثر القيود عليها خطراً. وهو ما حرص نص المادة ٢/٦٨ من الدستور على توقيه بما قرره من أن يكون لكل متهم بجناية محام بدير دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه. فإذا لم يكن المحامي -معيناً أو

مأجورا -مائلا مع المتهم، فإنه قد يدان بناء على قرائن غير متضافرة، أو على ضوء أدلة متهافة، أو لا يجوز قبولها، أو لا شأن لها -في مضمونها- بالجريمة المدعى ارتكابها<sup>(١)</sup>.

وكلما أصر المتهم علي أن يكون محاميه مائلا وقت استجوابه، فإن هذا الإجراء يصير موقفا حتي حضوره، ما لم يبادر المتهم طواعية إلي الرد علي أسئلتهم قبل وصول محاميه<sup>(٢)</sup>. وكلما زرع رجال الشرطة بذاية مخبرين في زنازن من يشتبهون فيهم توصلا للحصول منهم علي أقوال تدينهم قبل محاكمتهم، اعتبر ذلك إخلالا بشرط الوسائل القانونية السليمة إذا حصل المخبرون علي هذه الأقوال بالخداع، فإذا كانوا قد تحصلوا بطريقة عرضية علي بعض ملاحظاتهم في شأن الجريمة Unsolicited Remarks، جاز الأخذ بها<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الأول

#### فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها

٧٠٢- وحق المتهم في الحصول علي محام في الجرائم الخطيرة، ليس حقا رمزيا دائرا في فراغ، ولا هو شكاية نطلبها وإنما جوهره تلك المعونة الفعالة التي يتوقعها المتهم من محاميه وفق مستوياتها التي تكتفلها أصول مهنة المحاماة.

The right to counsel, is the right to the effective assistance of counsel.

ويعتبر إخلالا بهذا الحق ليس فقط مجرد تدخل السلطة بوسائل مختلفة لمصادرة حق محامي المتهم في الاتصال بموكله، أو لحمله علي أن يقدم دفاعا غير ملائم. وإنما كذلك إذا أضر الدفاع بصورة خطيرة بمركز المتهم، سواء تحقق هذا الضرر أثناء التحقيق، أو في مرحلة المحاكمة ذاتها<sup>(٤)</sup>.

وليس كافيا لجحد فعالية دور محام، مجرد أن يكون قد أخطأ، وإنما يتعين أن يكون هذا الخطأ منافيا للضوابط المعقولة التي تفترضها أصول هذه المهنة فيمن يتولونها

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "نسورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

- انظر إلي Powell v. Alabama 287 U.S. 45 ( 1932 )

(٢) Edwards v.Arizona, 451 U.S. 477 (1981), Oregon v.Bradshow, 462 U.S. 1039 (1983).

(٣) United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980); Maine v.Moulton, 474 U.S. 159 (1985).

(٤) Geders v.United States, 425 U.S. 80 (1976).

Reasonableness under prevailing professional norms. ويفترض أصلاً قيام المحامي بمهامه هذه، ما لم ينقض هذا الافتراض بدليل<sup>(١)</sup>.

٧٠٣- ولا تتحقق فعالية المعونة التي يقدمها المحامي للمتهم، بمجرد حضوره. وليس لمحام كذلك أن يمثل متهمين تتعارض مصالحهم<sup>(٢)</sup>. ذلك أن هذا التعارض قد يمنع محامياً من الطعن لمصلحة أحد المتهمين بحكم جواز قبول دليل معين، إذا كان قبول هذا الدليل مفيداً أو مجزياً لغيره من المتهمين. كذلك لا يتكافأ دور المتهمين في الجريمة. فإذا أراد محام أن يقلص دور أحدهم، كان عليه أن يلقي باللائمة على غيره بالنظر إلى دوره الأكبر فيها. ويظل واجباً على المحكمة -إذا أثار محام أمامها موضوع التعارض المحتمل بين مصالح المتهمين المائلين أمامها- أن تحققه بنفسها. فإذا تبين لها أن وجود هذا التعارض بعيد الاحتمال، نحتة جانباً، وإلا كان عليها أن تأذن أولن تعين محامياً مستقلاً<sup>(٣)</sup>.

ولا ينال من فعالية المعونة التي يقدمها المحامي، خطأه في تحصيل واقعة الجريمة أو في بيان حكم القانون بشأنها، كلما كان هذا الخطأ غير جسيم Ordinary error. ولا يجوز كذلك نقض الحكم الصادر في الاتهام بناء على هذا الخطأ.

ويتعين دوماً تقييم فعالية المحامين في أداء واجبهم على ضوء سلوكهم. فإذا برهن المتهم على أن محاميه أتي خطأً جسيماً A serious error أثناء محاكمته بما يثير شكوكاً خطيرة حول إنصافها ومحصلتها النهائية، كان الحكم الصادر فيها معيباً<sup>(٤)</sup>. ولا كذلك خطأ محاميه إذا كان غير ذي لئى على قضاء الحكم، وهو ما يتحقق إذا كان الحكم مجرد تطبيق صحيح لحكم القانون على ضوء أوراق الخصومة القضائية ولدلتها.

وتفترض معقولة أداء المحامي لواجباته، ما لم يقد دليل على عكسها<sup>(٥)</sup>. ويتحقق هذا الدليل إذا أنزلق الدفاع إلى أخطاء جسيمة يكون من أثرها إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة<sup>(٦)</sup> كمن يطعن 'محامي في الحكم الصادر ضد موكله بعد فوات ميعاد الطعن<sup>(٧)</sup>. ولا كذلك أن يكون محاميه قد أعد الدفاع خلال فترة قصيرة، أو ألا يكون من الخبراء البارزين في

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٢) Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

(٣) Holloway v. Sullivan 44.6 U.S. 335 (1980).

(٤) Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

(٥) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984) at 689.

(٦) United States v. Cronin, 466 U.S. 648 (1984).

(٧) Evitts v. Lucey, 469 U.S. 387 (1985).

القانون الجنائي. وإنما يكفي أن يعد الدفاع -سواء كان محامياً معيماً أو مأجوراً- Appointed or retained على وجه ملائم، لتكون يده مرشدة لموكله Guiding Hand.

ويفترض ذلك إخطار المتهم بالتهمة وسماع أقواله في شأنها، بوصفهما جوهر النظم الاختصاصية للعدالة الجنائية، ولأنهما معاً خطوتان ضروريتان لإصدار حكم في شأن الاتهام يكون قابلاً للتنفيذ. وتكملهما خطوة ثالثة تقتضي نظر الاتهام عن طريق محكمة لها ولاية الفصل فيه، ولها من ضماناتها ما يكتل استقلالها وحيدتها.

### المطلب الثاني

#### وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه

٧٠٤- وسماع المتهم عن طريق محاميه يعطي كل قيمة للحق في الدفاع. فالقواعد المتعلقة بالشهادة السماعية، وبالقصص الجنائي، تكاد تكون مغلفة على غير المحامين. وحتى المبكثين منهم أفضل من أحاد الناس الذين لا يفلتون إلى الحقائق القانونية، ولو أحاطوا بقدر غير قليل من الثقافة. فإذا مثل المتهم أحد من العوام، قصر فهمه عن أن يحيط بعناصر الخطأ في قرار الاتهام، وينوع الأدلة التي يجوز قبولها، وبوسائل مناقشتها ودفعها، حتى بافتراض صحتها؛ واتصالها بالخصومة الجنائية وافتاجها في إثباتها.

وبغير إرشاد محاميه، قد يدان متهم لم يسهم بشئ في الجريمة<sup>(١)</sup>. وفي ذلك إهدار لشرط الوسائل القانونية السليمة بمعناها في الدستور. وهو شرط يناهض كذلك تعريض الأبرياء لمخاطر إدانتهم بصورة متزايدة إذا كانوا فقراء لا يملكون قوتهم، ولا يستطيعون بالتالي توكيل محام عنهم. بل إن حرمانهم من هذا الحق في الجرائم العظيمة، يصدم حقائق العدل في مفهومها الشامل The Universal sense of justice. وصار هذا الحق سارياً في الدول الفيدرالية حتى داخل ولاياتها.

وهذه الحقيقة الواضحة التي يتكافأ الفقراء والأثرياء في مجال الحصول على محام يعاونهم في مواجهة الاتهام، تفرض نفسها على كل محاكمة يعتبر إنصافاً منخلها لصحتها. وصار هذا الحق بالتالي من الحقوق الجوهرية A fundamental right التي لا يجوز أن تجدها أية محكمة على المتهم بما يخل بحقه في الحياة، أو في الحرية أو في الملكية، مالم يكن هو قد نزل اختياراً عن هذا الحق بعد إدراكه لأبعاده من كفاية أوجهها.

The intelligent choice of the defendant.

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) at 68-69.

ومثل هذا النزول لا يفترض، وإنما يتعين على المحكمة أن تقرر نفسها قبل أن تنتظر الدعوى الجنائية أو توالي نظرها.

٧٠٥- وانتهاج الدساتير المصرية لهذا الخط العام، مرده أن التفريط في ضمانات الدفاع يقارنها بالضرورة ضياع العدالة ذاتها. ويفترض ذلك أن يكون المتهم قد قبل بمحاميه، سواء كان مأجوراً أو معيناً<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي أن توفر المحكمة لكل متهم الفرصة الكافية لاستخدام محام بأجر. فإذا كان معسراً، كان على الدولة أن توفر محامياً من مواردها يواجه الجنائية التي اتهم بارتكابها. وهو يقبل محامياً ما لم يعترض على تمثيله له بناء على أسباب مقنعة. بل إن حق المتهم في اختيار محام في الدول الفيدرالية، يخوله أن يطلب عون محاميه أمام المحكمة الفيدرالية التي تقاضيه، ولو لم يكن مقيداً في جدول المحامين بالولاية التي تتخذها هذه المحكمة مقراً لها.

#### المطلب الثالث

#### نطاق تطبيق ضمانات الدفاع

٧٠٦- وتكفل دساتير الدول المختلفة ضمانات الدفاع لكل متهم في الجرائم الخطيرة. ذلك أن هذه الضمانات هي التي توفر لكل متهم الدفاع الملائم، وعلى الأخص إذا كان الاتهام معقداً متداخلاً العناصر، وكان تحيز المحكمة ضد المتهم، ظاهرة<sup>(٢)</sup>.

ومن ذلك ما ينص عليه التعديل السادس للدستور الأمريكي [١٧٩١] من وجوب أن يحاط المتهم بطبيعة التهمة وسببها The nature and cause of the accusation؛ وأن يواجه الشهود الذين يشهدون ضده، وأن يأتي بشهود لمصلحته من خلال وسائل جبرية، وأن يحصل على عون محام.

وتنص المادة ١/١٠٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٣٢ مايو ١٩٤٩] على أن لكل فرد حقاً في الاستماع إليه أمام المحاكم، وفقاً لإجراءاتها القانونية. وتقضى المادة ٢٤ من دستور الجمهورية الإيطالية [١٩٤٧/١٢/٢٧] على أن 'حق اللجوء إلى القضاء مخول للناس جميعهم، وذلك من أجل الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ولا يجوز الإخلال بحق الدفاع في أية مرحلة إجرائية من مراحل التقاضي. وتقرر نظم خاصة القواعد

(١) Faretta v. California, 422 U.S. 806 at 832-833 (1976).

(٢) Townsend v. Burke, 334 U.S. 736 (1948); Plamer v. Ashe, 342 U.S. 134 1951.

التي تكفل لكل المعوزين وسائل اللجوء إلى المحاكم جميعها، والدفاع عن حقوقهم أمامها. وينظم القانون شروط وأوضاع مساعلة السلطة القضائية عن أخطائها".

وعملاً بنص المادة ٢/٤٨ من دستور روسيا الفيدرالية<sup>(١)</sup>، يكون لكل شخص قبض أو تم الاحتفاظ عليه، أو اتهم بجريمة، حق في الحصول على مشورة محام، وذلك اعتباراً من لحظة القبض أو الاحتفاظ أو توجيه الاتهام.

وتفترض المادة ٤٩ من هذا الدستور براءة كل شخص اتهم بجريمة، ما لم يكن قد أُدين بسببها بعد التدليل عليها وفقاً للقانون؛ وبمراعاة أن براءة المتهم من الاتهام الجنائي، لا يجوز إثباتها بغير حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضى.

وفي مصر، نظم الدستور حق الدفاع، كضمانة أولية غايتها صون الحرية الشخصية وتأمين الحقوق والحريات جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور، أو التي كفلها المشرع.

وجاء نص المادة ١/٦٩ من هذا الدستور قاطعاً بأن حق الدفاع أصالة، أو بالوكالة، مكفولان. ثم أعقب ضمانات لهذين الحقيين بخطوة أبعد توخى بها -وعلى ما جاء بالمادة ٢/٦٩- أن تكفل الدولة لغير القادرين مالياً، وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم، حتى يؤمن لهؤلاء طرق اقتضاء الحقوق التي يطلبونها، والانتفاع بحرياتهم التي يسمعون لضمانتها.

وتتظر المادة ٦٧ من ذلك الدستور، إلى ضمانات الدفاع كإطار للفصل في كل اتهام جنائي. وهو ما تؤكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>>> إن الحرية في أبعادها الكاملة، لا تتفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل منهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام، توازنتها وتردها إلى حدود منطقية. بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها -بل وفي مقدمتها- حق الدفاع بما يشمل عليه من الحق في الحصول على مشورة محام؛ والحق في إحضار الأدلة التي تقدمها النيابة للعلامة إثباتاً

(١) ووفق عليه في الاستفتاء في ١٢/١٢/١٩٩٣ ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٥/١٢/١٩٩٣.

للجريمة التي نسبتها إليه، بما في ذلك مواجهته لشهودها، واستدعاؤه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه La protection contre L'auto-incrimination >><sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع

#### الأهمية الجوهرية لحق الدفاع

٧٠٧- وصار حق الدفاع مدخلاً لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم من استبداد السلطة وعسفها؛ وثيق الصلة بالوسائل القانونية السليمة؛ واقعاً في إطار الحماية القانونية المتكافئة التي لا تزيد بها فرص سلطة الاتهام على حقوق متهمها؛ قرين حق الأفراد جميعهم في اللجوء إلى القضاء؛ كغلاً رد كل عدوان على حقوقهم وحرياتهم؛ مبلوراً الدور الاجتماعي للسلطة القضائية بوصفها الحارس الأصيل على الحرية والحقوق على اختلافها؛ ناقلاً قيم الخضوع للقانون من مجالاتها النظرية إلى تطبيقاتها العملية؛ مشمولاً بالحرية المنظمة في جوهرها وتطبيقاتها؛ كامناً في النفس وغائراً في أعماقها؛ بعيداً عن أن يكون ترفاً أو لهواً؛ متصلاً بالحقائق الموضوعية دون إغراق في أهدابها الشكلية؛ موافقاً معنى العدالة، ملبياً متطلباتها.

ومن ثم لم يجز الدستور أن يتدخل المشرع في شأن ضمانات الدفاع بما يرهقها، أو يسقطها، أو يقوض الأغراض المقصودة منها. ذلك أن الحقوق جميعها لا تقوم لها قائمة بدونها. بل إن حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، يفدو سراًبها بغير ضمانات الدفاع التي تجلي الحقوق وتقويها، وتقضيها من شوائبها، بما يؤهل لوقوفها سوية على أقدامها، فلا تضل طريقها بالختال أو الإهمال. وإنما يكون لكل فرد أن يعرض بصفته الشخصية، وجهة نظره في شأن الحقوق التي يدعيها، أو الحرية التي يطلبها، وأن يؤمنها كذلك بمحام من اختياره بطمئن إليه لثقته فيه.

وما حق الأفراد في رفع ظلاماتهم إلى السلطة العامة تشكياً من جور أصابهم، إلا صورة من صور حق الدفاع، يمارسونها بأنفسهم، ويعبرون من خلالها عن رأيهم في بعض المسائل التي تعينهم<sup>(٢)</sup>.

٧٠٨- وتبلغ ضمانات الدفاع في مصر، أرقى درجاتها من خلال أمرين:

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥ يونيه ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

أولهما: أن ضمانات الدفاع تتصل بالحقوق جميعها، وبالحرريات بتمامها، بغض النظر عن طبيعة الخصومة القضائية التي تحميها.

ثانيهما: أن القرار الذي يصدر عن جهة أولها المشرع اختصاص للفصل في مسائل عينها لها، لا يعتبر قراراً قضائياً، إذا كانت ضمانات الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية، وتبين حدودها. ذلك أن هذه الضمانة هي التي ترجح للخصومة القضائية كفتها في اتجاه دون آخر. وهي تقدم لهذه الخصومة دعائمها من العناصر الواقعية والقانونية التي تزنها الهيئة القضائية بالقسط، فلا تكون علاقة المحامين بتلك الخصومة واقعة في إطار النمطية المقيمة التي لا يبدع فيها. بل هي جهد صادق يبذل من قبلهم لإعانتها على أمرها بما يعزز نهوضها بالرسالة التي تقوم بها، وبما يوفر لموكليهم أموالاً لا وجه لتبنيدها، وطاقة لا يجوز أن تهدر، ووقتا لا يستباح في الضياع.

٧٠٩- ولازم ما تقدم، أن حق الدفاع في جوهره لا ينفصل عن الحقوق التي يطلبها الأفراد ويسعون لتأمينها من صور العنوان عليها.

فإذا أغلق المشرع أبوابه في وجه فريق من الناس دون آخر، كان ذلك إهداراً لهذه الحقوق.

### المطلب الخامس

#### الآثار المترتبة على تعويق حق الدفاع

٧١٠- وإذا كان الدستور -ومن خلال النصوص القانونية التي كفل بها ضمانات الدفاع- يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبيهم يخل بالمعاونة الفعالة التي ينبغي عليهم أن يقدموها لموكليهم، فإن التدخل تشريعياً لمنعهم من تقديم هذه المعاونة، أو للحد من فرصها، يكون من باب أولى محظوراً<sup>(١)</sup>. ذلك أن المحامين شركاء للسلطة القضائية في سعيها للوصول إلى الحقيقة، والتماس كافة الوسائل التي تعينها على تحريها. ويفترض ذلك أن يدير المحامون الدفاع عن موكليهم وفق أصول مهنتهم وعلى ضوء متطلباتها، وبما لا يخل بضوابطها التي لا يجوز الانتحار بها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية.

وبغير معاونتهم هذه<sup>(٢)</sup> -وبشرط فعاليتها- فإن مسار الخصومة الجنائية إن يكون معبراً عن الحقيقة، حتى في صورتها الراجعة. بل مشككاً في نتائجها بما يزعم الثقة في محصلتها النهائية. وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها بإنكار موجهاتها، وخروجاً بالمحاكمة الجنائية عن

(١) Mc Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).



إطارها. ذلك أن مدار الخصومة وغايتها النهائية، لا يزيد على مجرد بسط عناصر النزاع وعرض أدلتها، لتتزل المحكمة عليها حكم القانون على ضوء تقييمها لما يدور في جلساتها. وضمانة الدفاع هي المدخل إليها. وغايتها عن الخصومة للقضائية مؤداة طمس بعض واقعاتها أو تحريفها أو تشويهها<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن يكون مفهوما أن دفاع المحامين عن مصالح موكلهم في اتهام جنائي، لا يقتصر على متابعة الاتهام بعين نقطة في مراحل المختلفة وحقلاته المفاجئة، وإنما هو كذلك حق المحامين في مرافعة ختامية A closing argument يركزون فيها على النقاط الأساسية للاتهام ويواجهون بها جوانبها المختلفة A summation.

### المطلب السادس

#### حقوق المحامين في مواجهة موكلهم

٧١١- ويظل لازماً بيان الحدود التي يلتزم المحامون بمراعاتها في الدفاع عن مصالح موكلهم. ذلك أن لكل مهنة ضوابطها. والمحاماة في أصلها تقوم على الإبداع. ويفترض ذلك ضمان حق المحامين في الخلق والابتكار. فلا يلتزمون بغير خياراتهم التي يرونها أفضل للدفاع عن حقوق موكلهم. وخياراتهم هذه تفرضها أصول مهنتهم وضوابطها التي تقتضى منهم بذل العناية الواجبة التي يتوقعها الشخص المعاد في إطار من القيم الواقعية -لا المثالية- التي تفرضها المهنة على القائمين بها.

٧١٢- ويتعين بالتالي أن يكون لموكلهم الحق في تمثيل ملاتم برعى مصالحهم، ويرد العلون عنها. فلا يكون الدفاع عنها قاصراً عن أن يحيط بالخصومة التي تناولها للتوكيل من كل جوانبها، ولا مقصراً في إيلائها العناية الواجبة التي يملؤها التبصر.

فإذا انزلق المحامون في دفاعهم إلى أخطاء كان ينبغي عليهم تداركها وتوقيها، فإن الخصومة التي وكلوا فيها تتحرف عن وجهتها المنطقية، بما يجعل ضمانة الدفاع دون مستوياتها الواجبة قانونياً.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٥ - ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

انظر ايضاً:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

ذلك أن هذه الضمانة من الحقوق التي كفلها الدستور، وهي حقوق ليس لها قيمة في ذاتها، ولا يتصور أن تعمل في فراغ. وإنما ترتبط قيمتها بأشكال الحماية التي تفرقها لرد كل عدوان على الإخلال بها؛ وكذلك بدور الحقوق التي تحميها في بناء النظم القانونية، وتوثيق الحرية المنظمة<sup>(١)</sup>. ويظل واجباً على المحكمة ليس فقط الامتناع عن كل عمل يضيّق عن فرص الدفاع أو يرهقها أو يخلق جواً غير ملائم لها، بل عليها أن تتحقق بنفسها مما إذا كانت الظروف التي يعمل المحامي في إطارها تنتهي بها فعالية الدفاع عن المتهم<sup>(٢)</sup>.

### المطلب السابع

#### حق الدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية

٧١٣- وإذا كان الحق في الحصول على مشورة محام، قائماً في الخصومة الجنائية على امتداد مراحلها؛ فإن هذا الحق يقوم كذلك في المراحل الحرجة التي تسبق تحريكها، حين يكون المشتبه فيهم في حاجة إلى حماية محاميهم.

وهو ما يتحقق في صور كثيرة يندرج تحتها، خلط المشبوهين ببعض الأبرياء عن طريق صفهم جميعاً في طابور عرض Arraignment حتى يتعرف من شهداء الجريمة. بأعينهم على الجناة من بينهم.

وكذلك حين توجه إليهم سلطة التحقيق أسئلتها التي تحضهم على الإقرار بذنبهم؛ أو إذا كان يتعين عليهم إيداء دفع أو دفاع في المرحلة السابقة على محاكمتهم حتى لا يسقط الحق فيه.

بما مؤداه ضرورة تحقيق ضمانة الدفاع وكفالتها حتى قبل توجيه الاتهام، إذا لم يكن التحقيق مجرد تحر عام في جريمة لم يتم حلها بعد؛ وإنما بدأ في مواجهة شخص بوصفه مشتبهاً فيه، يساق إلى مخفر الشرطة أو لجهة التحقيق التي تتحفظ عليه لديها، وتوجه إليه أسئلة تنتزع إقراره بالجريمة، دون أن تنبئه إلى أن من حقه أن يظل صامتاً، وأن يحصل على مشورة محام -معينا كان أم مأجوراً- وأن يعتصم بهذا الحق، ولو كان قد أجاب على بعض أسئلتها قبل حضوره، وأن يمتنع عن الرد على أسئلتها حتى بعد وجوده.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٤ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Holloway v. Arkansas, 435 U.S. 475 (1978).

وعلى جهة التحقيق كذلك - وقد صار هذا الشخص مقيدة حريته لديها على وجه لو آخر - أن تخطره بأن كل واقعة يقر بها، قد تؤخذ دليلاً ضده.

ولا يجوز بالتالي حمل شخص على الإقرار بشيء يتلقى بالجرمة، سواء كان هذا الإقرار سلبياً نافياً تزديه فيها Exculpatory statement أم كان إيجابياً يثبتها عليه Inculpatory statements. وفي هذا الإطار يحظر على جهة التحقيق أن تستجوبه إذا رفض ذلك، أو علق استجوابه على حضور محاميه. ومجرد إجابتها عن بعض الأسئلة، لا يلزمه بالرد على باقيها، ما لم يقبل باختياره الحر، النزول عن هذه الحقوق جميعها.

ويوجه عام، فإن ضمانات الدفاع يتعين إعمالها في أية مرحلة سابقة على المحاكمة، كلما أضر إغفالها بمصلحة المتهم بصورة خطيرة لا تكون بها محاكمته اللاحقة، كافلة لحقائق العدل، جوهر متطلباتها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثامن

#### البقطة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكلهم

٧١٤- ولا يعنى الحق في الحصول على مشورة محام، مجرد أن يمثل شخص عن المتهم في اللحظة الأخيرة لمحاكمته. بل يتعين أن يكون محاميه -معينا كمن أم مأجوراً- مائلاً وفاعلاً في جوهر مراحطها، متتبها إجراءاتها، متصلاً بأوراقها، منقباعن للطرق الأفضل التي يعد من خلالها أوجه دفاعه، بما في ذلك مواجهة الشهود وتجريحهم، والاعتراض على وجود بعض المحلفين، وأن يعرض عليهم أو على المحكمة ما يراه ضرورياً من المسائل الواقعية والقانونية التي يعرضها عليهم، حتى يؤثر في عقيدتهم.

ومجرد حضور محام مع المتهم في المحكمة الابتدائية، لا يخول المحكمة الاستئنافية أن تكتفي بما أبداه من دفاع في المرحلة السابقة. ولا أن تنظر إلى الأوراق التي لديها باعتبارها كافية لتكوين عقيدتها.

ذلك أن حضور محام أمامها ليس مجرد رخصة، بل هو حق متكامل الأركان يقوم قبل محاكمة المتهم، وأثنائها، وحتى نهايتها، وكذلك عند إعداد الطعن في الحكم الصادر فيها، وأن يتم ذلك كله في إطار من الفرص الحقيقية التي يتمكن بها الدفاع من أداء واجبه.

٧١٥- ومما يخل بضمانة الدفاع:

(١) Groover v. California, 357 U.S. 433 (1958); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

١. أن تهدر الجهة الإدارية بتقصتها علي المتهم -ولو بطرق ملتوية- سرية أحاديته مع محامييه.

٢. أن يصادر القضاء بطريقة ظاهرها للتحكم، كل محاولة من الدفاع لدعم مركز المتهم، سواء من خلال عرقلة أو تطويق هذا الدفاع أو التضيق من فرصه.

٣. إنكار حق المتهمين وحق محاميهم كذلك في النفاذ قبل محاكمتهم إلى كل معلومة أو ولعة يرونها ضرورية لإعداد دفاعهم، وبمراعاة أن هذا الحق لا يختلط بحقهم في مواجهة الشهود أثناء محاكمتهم. ذلك أن هذا الحق الأخير، لا يتعلق بغير المحاكمة في ذاتها A trial right ولا يتوخى غير ضمان حرية المتهم، في أن يوجه لشهود النيابة-دون شمة قيود- الأسئلة التي يتغيا بها بيان أوجه التعارض في أجزاء شهادتهم، وما بها من تحامل أو تلفيق، وما يحيطها من وجه آخر من شبهة تقدها مصداقيتها.

إذا حضر محام محاكمة المتهم، وكان مخموراً -ولو في بعض مراحلها- أو تعرض لضغوط من الجهة الإدارية كتهديده بترحيل زوجته وإيعادها.

ذلك أن الدفاع لا يكون فعالاً، إلا إذا كان يقظاً متعباً مراحل الخصومة الجنائية بعين مفتوحة؛ متنبها لكل حجة يتأثر بها مركز المتهم حتى يدفعها بكل الوسائل التي يملكها وفقاً للقانون؛ مفاضلاً في ذلك بين بدائل متعددة على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تواجهها هذه الخصومة. فلا يختار من طرائق الدفاع غير أنسبها لمصلحة المتهم. ولا يجوز في أية حال أن يقال بتوافر ضمانات الدفاع لمجرد أن المتهم هو الذي اختار محامييه.

٤. وإذا كان للمحكمة حق تقييد حرية الأشخاص الذين يحضرون جلساتها ويخلون بنظامها ويرتكبون بالتالي جريمة احتقارها؛ إلا أن من الفقهاء من يقرر بأن إخراجهم من قاعتها قد يكون إجراء كافياً، وأن حبسهم بقرار يصدر عنها، ويقبل التنفيذ فوراً، لا يجوز أن يتم بغير حضور محام عنهم<sup>(١)</sup>.

### المطلب التاسع

#### الصلة بين حق الدفاع وضمانة الحق في التقاضي

٧١٦- ومن المقرر كذلك أن الخصومة القضائية لن تكتمل حلقاتها ما لم يوفر لها المشرع -في نهاية مطافها- حلاً منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يبتغيها من بطلها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها. بيد أن الحصول على هذه الترضية، لا يتحقق عملاً

(١) Antieau, Modern Constitutional law, volume 1, P. 322.

بغير ضمانة الدفاع التي يعرض الخصوم في نطاقها أدلتهم الواقعية والقانونية التي لا يتميزون في مجال بسطها عن بعضهم البعض.

ولا يتصور بالتالي أن تتفصل ضمانة الدفاع عن حق التقاضي. إذ هما متكاملان، ويعملان معا في إطار الترضية القضائية التي تبلور حقوقا يبريد الدفاع اجتئاءها من خلال الاغراض النهائية للخصومة القضائية. ولم تعد بالتالي لضمانة الدفاع أية قيمة بعيداً عن حق اللجوء إلى القضاء، وإلا كان التركيز عليها وطلبها عزيمة وإصراراً، واقعاً وراء جدران مفقطة. وتظل هذه الضمانة قائمة بكافة متطلباتها، ولو لم ينص الدستور عليها. ويعتبر كل عمل تشريعي على خلافها، من لغو القول، مؤدياً إلى التسلط والتحامل.

ذلك أن ضمانة الدفاع أكثر اتصالاً بفرص إنفاذ الحقوق التي يطلبها أصحابها. وهي تلو مبدأ سيادة القانون، ولا يقتصر مضمونها على مجرد تقرير حق الشخص في اختيار محاميه؛ ولكنها تؤكد كذلك الملاحح الشخصية لحق الدفاع التي كفلها الدستور من خلال تقريره حق كل شخص في الدفاع أصالة عن الحقوق التي يدعيها. بل إن حرمان الشخص من أن يكون أصيلاً في مباشرة حقوق الدفاع، بصادم -وعلى حد تعبير المحكمة الدستورية العليا- النبض الجماعي لحقائق العدل<sup>(١)</sup>.

### المطلب العاشر

#### امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع

٧١٧- ويظل لكل متهم بجناية، وعملاً بنص المادة ٦٩ من الدستور أن يحصل على مشورة محام يعاونه على نفعها، ولو أسقط هو هذا الحق.

ذلك أن ضمانة الدفاع وفقاً لحكم هذه المادة؛ لا تعتبر من قبيل الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها. ولكنها تبلور أحد عناصر المحاكمة المنصفة التي تقتضيها المادة ٦٧ من الدستور بوصفها جزءاً من منظومتها المتكاملة التي تختلف ركائزها بغير حقوق الدفاع.

كذلك فإن مفاهيم الجزاء -وأياً كانت طبيعته- تقارنها بالضرورة ضمانة الدفاع، وإلا بطل الجزاء بكل أخطاره حال غيبتها، خاصة وأن علاقة الولاء التي تربط المحامي بموكله تقتضيه أن يخطره بكل قرار هام سيتخذه، وبالمرحلات المختلفة التي آل إليها تطور الاتهام، وبما ينبغي علي موكبه أن يقول أو يفعل أثناء محاكمته. كذلك فإن واجباته المهنية تلزمه بأن

(١) القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٨ - ص ٣١٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يدير دفاعه علي ضوء من الإقتدار والخبرة، وفق المقاييس المنطقية لاصول المهنة ومتطلباتها في خصومة جنائية بعينها هي التي يمثل المتهم فيها. ولا يكون المحامي بالتالي مسؤولاً فيما يجاوز حدود هذه الدائرة حتي يحتفظ بحرية اختيار البدائل واتخاذ القرار النهائي في شأن الكيفية التي يدير بها الدفاع الیقظ عن موكله<sup>(١)</sup>.

٧١٨- ويظهر مما تقدم، أن الحق في الحصول على مشورة محاميا، يدخل في جنور كل محاكمة منصفة. وهو شرط في انتظام إجراءاتها، وضمان لتقديم نوعية من العدالة تكفل هذا الحق لكل منهم في كل مرحلة تؤثر في القرار النهائي المحدد لمصيره.

### المطلب الحادي عشر

#### لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة

٧١٩- واختيار المتهم لمحام يتق فيهِ، هو الوجه المقابل لتعيين المحكمة محام من قبلها للفقراء من المتهمين، حتى تدار العدالة الجنائية على وجه يكفل تكافؤ الحقوق بين أطرافها.

فلا يكون الجاهلون، أو المعوزون، أقل في حظهم منها من الآخرين. ذلك أن وجود محام يعاونهم، يقيم لهم الحجة التي يواجهون بها الاتهام، ويساويهم بالنيابة العامة، وبالمتهمين المتقنين، وبالموسرين وبالقطنين؛ بالذين يفهمون القواعد الإجرائية ويديرونها في مصلحتهم، وبالذين يجهلون كل شيء فيها، وعلى الأخص ما يتعلق بالأدلة التي لا يجوز قبولها، أو التي لا تعلق لها بالاتهام. وإنما هي العدالة الكاملة محددا إطارها على ضوء متطلباتها التي تكفل إنصافها. ومن ثم كان إنكار حق المتهم في الحصول على مشورة محام، كافيا بذاته Per se لإبطال محاكمته لخروجها على الوسائل الإجرائية القانونية السليمة. وصح القول بالتالي بأن التمييز بين الجنائية والجنحة في مجال الحصول على هذه المشورة، ليس إلا لغوا. ذلك أن العقوبة في هاتين الجريمتين، تقيد من الحرية الشخصية في كثير من تطبيقاتها.

وكلما اتهم شخص بجريمة خطيرة، وكان معوزا، فإن تعيين محام يعاونه، لا يكون خياراً للمحكمة، ولو بان من أوراق التحقيق تساند الأدلة ضد المتهم وتضافرها في إثباتها للتهمة، وأن تعيين محام لن يغير شيئا يتعلق بالجريمة من جهة رجحان إثباتها. ذلك أن إنكار هذا الحق، ولو في المرحلة الاستئنافية للاتهام، يقيم تمييزا ملتويا بين القادرين وغير القادرين. وشروط حرمان المتهم من هذا الحق بعيدة في مداها، ولا مبرر لها، وهي كذلك تعليق لحق

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1985).

المتهم في الطعن، على الثروة؛ وإرهاق العدالة ذاتها من خلال جرد متطلباتها، وتقرير لخطوط حاجزة بين المصممين والموسرين بالمخالفة لل دستور<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني عشر

#### لا يجوز للنياية أن تخفى عن المتهم الواقعة بتفديده في حصص التهمة

٧٢٠- ولأن الدفاع عن المتهم، لا يجوز أن يقصر عن أن يحيط بالتهمة من كل جوانبها؛ وكان لمحامي المتهم أن يعد دعواه وفق ما يراه من الطرق الأفضل في تقديره لخدمتها؛ وكان ذلك مؤاده ألا يفاجأ بالواقعة أخفها النياية، ولم تخطره بها قبل المحاكمة؛ فإن كشفها يكون واجبا عليها، كلما توافر شرطان فيها: أولهما: أن يفيد المتهم منها *Favorable to the accused*. ثانيهما: أن يكون لها صلة بأدلة الجريمة، سواء من جهة إثباتها أو فرض عقوبتها<sup>(٢)</sup>. *Material to guilt or punishment*.

وتقوم هذه الصلة كلما توافر مسوغ معقول للقول بأن الحكم في الاتهام كان ليتغير وجهه، لو لم تعد النياية إلي كتمان الواقعة التي يفيد المتهم منها، والتي اتصل علمها بها<sup>(٣)</sup>. ذلك أن إخفاءها، يجهل بها، ومفاجأة الدفاع بوجودها قد يعجزه عن إجهاضها. فلا يكون جزءا حجبيا عن الدفاع غير استبعادها حتى لا يعول المطلقون عليها، وكي لا تدخلها المحكمة في اعتبارها، وإلا كان أخذها بها مقتضيا محاكمة جديدة<sup>(٤)</sup>.

كذلك فإن سلطة الاتهام وإن كان عليها أن تقدم إلي المتهمين كل معلومة أو واقعة لديها يفيدون منها، وترتبط بالجريمة التي اتهموا بها من جهة إثباتها أو عقوبتها؛ إلا أن واجبا هذا لا يقوم في بعض الجرائم التي لها من خصوصياتها ما يقتضي قصر الحق في الاطلاع على ملفات علي للمحكمة وحدها، وفي غرفة مظلة *In Camera review*.

(١) Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963).

وفي هذه القضية كانت المحكمة المنقوض حكما قد محصت الأوراق وقررت ألا غلدة من تعيين المحامي.

No good whatever could be served by appointment of counsel

(٢) Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963).

(٣) United States v. Ragly, 473 U.S. 667 (1985).

(٤) Williams v. Florida, 399 U.S. 78 (1970).

وبالمثل يلتزم الدفاع بأى يطلع النياية قبل المحاكمة علي أسماء شهوده. فإذا كانت له حجة غياب *Alibi*، فإن عليه أن يطرحها كذلك علي اسم وعنوان الشخص الذي وجد المتهم معه في غير مكان الجريمة. ولا يعتبر ذلك إخلالا بحق المتهم في ألا يدين نفسه بنفسه. ومن ثم يقوم علي وجه التقابل، التزام كل من النياية والدفاع بإطلاع الآخر قبل المحاكمة علي ما لديه من أدلة.

فإذا كان محامي المتهم يعلم بواقعة بذاتها حوثها ملفاتها هذه، جاز أن يلتمسها مباشرة من المحكمة، وأن يناقش صلتها بالجريمة التي اتهم موكله بها.

وأكثر ما يتحقق ذلك في جرائم عدوان الآباء علي أعراض أطفالهم وبناتهم بما يسد أسوأ صور استقلالهم. وهي بعد جرائم لا يشهدا غير ضحاياها في الأعم من الأحوال بما يجعل تعقبها وإثباتها متعذرا. وما لم يتوافر قدر من السرية للشهادة التي يبلي الأطفال بها أو للشهادة التي يقدمها جيرانهم في شأن هذه الجرائم، فإنهم قد يعزفون عن الإبلاغ عنها، أو التكليل عليها. وكان ضروريا بالتالي أن يطمئن هؤلاء وهؤلاء إلي أن شهادتهم لن تذاع علي نطاق عام بما يحد من مخاوفهم في الإدلاء بها<sup>(١)</sup>.

(<sup>١</sup>) *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987).



المبحث الثانيالحق في الكفالة في المواد الجنائيةLe droit au cautionnementالمطلب الأولمضمون هذه الكفالة وعلتها

٧٢١- يقصد بالكفالة في المواد الجزائية، قدر من المال تحدده المحكمة، ويؤديه المتهم إليها لضمان أن يمثل أمامها عند محاكمته عن الجريمة اتهم بها، وحتى يتفرغ لإعداد دفاعه بعد إطلاق سراحه وتحريره من الاحتجاز. فإذا لم يظهر أمام المحكمة بعد أن تدعوه للمثول أمامها، تعين عقابه ومصادرة الكفالة. ويعتبر الحق من الكفالة من الحقوق التقليدية التي يكفلها الدستور لكل متهم. وهي ترد في أصلها إلى وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا تقتض أن يكون الحق فيها قائما في كل الأحوال ومن ثم تكفي الدساتير بالنص على عدم جواز المغالاة فيها<sup>(١)</sup>.

والفرض في الكفالة أن يؤديها المتهم بعد القبض عليه وقبل الفصل في الاتهام. والأصل فيها هو معقوليتها حتى لا تكون مخالفة للدستور. وهو ما تردده الدساتير المختلفة التي تكفل صون الحرية الشخصية للناس جميعهم، بما فيهم المتهمين. فلا تقيّد حريتهم من خلال حبسهم احتياطياً، إذا عجزوا عن أداء كفالاتهم التي حددتها المحكمة مقابل الإفراج عنهم إلى حين الفصل في التهمة الموجهة إليهم.

وليس من العدل في شيء أن يظلوا مودعين في أماكن التحفظ عليهم إلى أن يتم الفصل في هذه التهمة بحكم يكون باتاً. ومن حقهم أن يقدموا كفالاتهم حتى بعد إدانتهم وقبل الفصل في طعونهم. ذلك أن احتجازهم على هذا النحو، يعطل فرصهم في الاتصال بمحاميتهم من أجل تحصن الاتهام الجنائي، وعلى الأخص من خلال الوثائق التي يقدمونها لنفيها. ولا يستطيعون كذلك أثناء التحفظ عليهم، الاتفاق على أسرهم وإعالتهم.

وكفالاتهم المغالية فيها، لازمها أن يظلوا محبوسين احتياطياً عن جريمة لا زال أمر الاتهام فيها معلقاً ولم يفصل فيها بعد بحكم بات؛ حتى إذا برأتهم المحكمة منها، تحملوا قسراً من العقوبة لا يستحقونها.

(١) Carlson v. Landon. 342 U.S. 524 (1952).

وهو ما يناقض الأصل في البراءة وفي الحرية. وهما قاعدتان تمنعان إيقاع عقوبة قبل أن يدان المتهم قطعياً عن الجريمة، وتأذنان بأن تتوافر لكل متهم الفرص الكافية لإعداد دفاع غير معاق. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة -عند قيام موجبها- فإن افتراض البراءة وما تحقق على طريق النضال من أجل إرساء أصله، يتبو عقيماً وجهداً ضائعاً<sup>(١)</sup>.

ويزيد الأمر سوءاً أن بعض الدول ترفض في الجرائم الخطيرة -كذلك التي تكون عقوبتها الإعدام- تقديم المتهمين لكفالة يفرج عنهم بعد نفعها، وتستبقهم في سجونها إلى أن يتم البت في الجريمة. كذلك يعجز الفقراء من المتهمين عن أداء كفالتهم، بما يعطل حريتهم عملاً. وهو ما يعنى التمييز بينهم وبين الموسرين في شأن خطير يتعلق بالحرية الشخصية. إذ بينما يحجبها هذا التمييز عن الفريق الأول، فإن الآخرين يدفعونها ولو عظم مبلغها.

وليس في الدستور نص يجيز تقييد حرية شخص بناء على فقره وضالة موارده، وإلا صار أمر الحرية الشخصية وقفاً على الأجزاء مكنته وقدرأ.

ويتعين بالتالي أن يكون لكل متهم حق في إطلاق سراحه -لا بناء على ثروته- وإنما كلما توافر الاعتقاد المنطقي -وعلى ضوء كافة العوامل ذات الصلة- بأن المتهم لن يكون عاصياً لأوامر المحكمة حين تدعوه للمثول أمامها. فإذا خيف من هروبه، أو من خطره على المجتمع إذا ما أطلق سراحه، فإن حبسه احتياطياً لا يكون مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### بطان المغالاة فيها

٧٢٢- وتعتبر الكفالة مغالى فيها، Excessive Bail إذا كان مبلغها يزيد عما يكون لازماً عقلاً لضمان مثول المتهم أمام المحكمة، وتنفيذ حكمها إذا وجده مذنباً<sup>(٣)</sup>. ولا يجوز بالتالي أن يكون الغرض من الكفالة التي حددتها المحكمة، ضمان أن يظل المتهم معتقلاً في السجون أو في غيرها من أماكن الاحتجاز.

ويتعين -على ضوء ما تقدم- أن يتحدد مقدار الكفالة التي يقدمها المتهم مقابل إطلاق سراحه، وفق معايير تكفل ظهوره أمام المحكمة. وتنفيذ الحكم الصادر عنها. وهي معايير موضوعية وشخصية، يندرج تحتها سجل المتهم في الإجرام؛ ونوع النشاط الذي اختطه وألفه

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

(٢) United states v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988).

(٣) Hudson v. Parker, 156 U.S. 277 (1895) at 285.

فى حياته؛ وطبيعة الجريمة التى اتهم بارتكابها؛ وظروفها؛ ووزن الأدلة التى يبيد سلطة الاتهام قبله؛ وقدرته المالية<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالى فى مجال تحديد مقدار الكفالة -كما لا يجوز فى أية محاكمة جنائية- أن يكون امتناع المتهم عن الإجابة على أسئلة الجهة القائمة بالتحقيق فى الجريمة حتى لا يدان بأقواله أمامها؛ مبرراً لتحديد مقدار الكفالة بما يهبطها على المتهم.

ويجوز الطعن فى كل كفالة مغالى فيها من أجل خفض مبلغها. ولا يعتبر هذا خفض من المسائل التى تتركز فيها المحكمة الاستئنافية. ذلك أن معقوليتها شرط اقتضاه الدستور لصحتها<sup>(٢)</sup>.

وحتى بعد أن يدان المتهم بالجريمة، فإن من حق المحكوم عليه بعقوبتها، أن يطلب الإفراج عنه حتى الفصل نهائياً فى الطعن فى الحكم الصادر فيها، ما لم يكن هذا الطعن متوخياً مجرد تعطيل تنفيذ هذا الحكم، أو كان غير مقبول، أو غير جدير بالعرض بالنظر إلى مضمونه.

ذلك أن النظم القانونية فى الدول الديمقراطية، تفترض ألا يحمل الشخص على معاناة عقوبة مفيدة للحرية، قبل أن يدان بحكم بات عن الجريمة التى اتهم بها.

فإذا لم يكن هذا الحكم قد صدر بعد، كان من حقه أن يقدم بعد القبض عليه، وقبل محاكمته، كفالة للإفراج عنه. وله كذلك أن يقدمها أثناء هذه المحاكمة، وإلى ما قبل إدانته قطعاً عن الجريمة التى ارتكبها.

ذلك أن الذين يدينهم الحكم بالجريمة ويقضون عقوبتها، لا تقل معاناتهم بعد نقض هذا الحكم وتبرئتهم، عن هؤلاء الذين لا تقبل كفالتهم لإطلاق سراحهم قبل المحاكمة، ثم تظهر براعتهم.

بل إن قبول الإفراج عنهم بشرط الكفالة، هى التى تعطى لحقهم فى الطعن على الحكم الصادر ضدهم، معناه؛ وإلا صار تنفيذ العقوبة التى تقرر محكمة الطعن بعدئذ مخالفة لتوقيعها للدستور أو القانون، عملاً منافياً للحق فى الحرية، وهى الأصل.

(١) Federal Rules of Griminal Procedure, Rule 46 (C).

(٢) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951).

ولا يجوز بالتالى بعد إدانتهم، وقبل الفصل فى الطعن المقدم منهم، أن يكون الإقراج عنهم بشرط الكفالة، من الرخص أو من صور التفضل Mere grace or favor التى يجوز منحها أو حجبها فى إطار سلطة تقديرية مطلقة.

ذلك أن هذا الإقراج يعتبر حقا كلما كان مبرراً خالياً من سوء النوايا، وكانت اسباب الطعن راجحاً قبولها.

ولئن جاز بعد صدور أمر قضائى بالإقراج بشرط الكفالة، الرجوع عنها، إلا أن شرط هذا الرجوع، ألا يكون تحكيمياً.

٧٢٣- والكفالة على ضوء ما تقدم تحذر المتهم من القيود على حريته. وهى قيود لا يجوز اقتضاؤها، وتنفيذ مقتضاها قبل صدور حكم بات بفرضها.

ودفعها مؤداة ألا تكس المسجون بأشخاص يودعون فيها، ثم تظهر براءتهم فيما بعد، بما يهدر الأموال التى أنفقتها الدولة عليهم أثناء استبقائهم لديها.

وتوفر الكفالة كذلك، ضماناً لظهور المتهم أمام المحكمة التى تدعوه للحضور، فلا يفرج من ولايتها، ولا من قبضتها حين تريده<sup>(١)</sup>. فإذا لم يظهر أمامها تعين عقابه، ومصادرة الكفالة التى قنمها.

٧٢٤- وشأن الكفالة المعالي فيها، شأن الغرامة الجنائية التى يزيد مبلغها عن الحدود المنطقية التى تفرضها ظروف الجريمة وملابساتها Excessive Fines. كلاهما مخالف لل دستور.

(١) Edward Witt, the Supreme Court and Individual Rights. second edition, 1988, p.217.

### المبحث الثالث

#### حظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه (١)

#### The Privilege Against Self - I incrimination

##### المطلب الأول

##### مفهوم هذا الحظر

٧٢٥- حمل الشخص على أن يشهد ضد نفسه، وبما يدينه جنائياً، من المسائل التي لا يجوز القبول بها. ذلك أن دور الشهادة في ضمان تحقيق العدالة الجنائية، وإن كان مطلوباً، إلا أن مضار العمل عليها، تتأقض حق من ينلي بها في كتمانها، وفي ألا يؤاخذ بغير الأقوال التي يريد إعلانها. ومصلحته في ذلك تربو حق الجماعة في تعقبها للجنة، والقبض عليهم وتقديمهم إلى القضاء لينالوا جزاء ما اقترفوه. كذلك يعتبر هذا الامتياز من خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية Accusatorial system ليفارق صورة من العدالة المنتحلة التي تتغيا مجرد ملاحقة المتهمين وتعقبهم للبطش بهم The inquisitorial system.

ولا جدال في أن الإكراه على الشهادة، إخلال بإرادة الاختيار، وهي جوهر الحرية الشخصية. ذلك أن من نطق بها يؤخذ بمقتضاها، وقد يضر آخرين بها إذا أجبر علي تلفيقها. ومن ثم تسوء عاقبتها. وهي في كل صورها شهادة غير أخلاقية في بواعثها ومضمونها، ولو كان من يحتمون بامتياز عدم الإدلاء بشهادة قد تدينهم، مجرمين حقيقة أو مخادعين أو مزورين، يضللون المحكمة الجنائية ويعوقونها عن الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليها من القضايا.

ذلك أن هذا الامتياز - في أصله ومرماه - ضمان لحرية الأشخاص في الاحتكام إلى ضمائرهم، فلا ينطقون بغير ما يريدون. وتلك قيم تكفلها التساتير جميعها انطلاقاً من حرصها على الحقيقة التي لا تكشفها أقوال ينلي بها أصحابها مخالطة أو زيفاً أو غصباً، أو تحاملاً (٢).

وإذ قيل بأن هذا الامتياز - يعصم المجرمين، ويوفر لهم غطاء من الحماية؛ فإنه كذلك يؤمن الأبرياء، ويقيهم تدخل السلطة في شئونهم وخواص حياتهم لانتزاع أقوال منهم تدينهم بها في إطار نظم قمعية، تقوم في جوهرها على مطاردة أفراد لا تصطفيهم، وتعقبهم وخرق

(١) يلاحظ أن هذا الخطر مقرر بالقاعدة التي تنص:

[ Nemo tenetur seipsum accusare] No man is bound to accuse himself

وترجمتها بالعربية [ لا يكلف الشخص باتهام نفسه].

(٢) E.g. Twining v. New jersey. 211 U.S. 78 ( 1908 ).

أعراضهم، والتحقيق في أدق شئونهم، واقتحام مناطق من خواص حياتهم يريدون كتمانها بما يخل بتكامل شخصيتهم، وبضرورة أن تكون لهم دخائلم التي لا يجوز الإطلال عليها؛ وفرصهم التي توازن بين حقوقهم وسلطة الجهة التي تتولى التحقيق معهم؛ ومكينتهم التي لا يجوز الإخلال بها بما يروعا أو يثير اضطرابها دون مقتضى؛ وحققهم في حياة متكاملة يشكون أنماطها بالطريقة التي يرونها، فلا يحملون على الإقرار بذنوبهم<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى هذا الامتياز في إطار الحقوق التي كفلها الدستور لكل فرد، وليس كخطيئة يتعين النفور منها، والإعراض عنها، ووصم من يتردون فيها بمجاوزة القيم الخلقية، انحرافا عن متطلباتها. والمتهمون الذين يتمسكون بهذا الامتياز أمام المحكمة، لا يحقرونها، ولا يقرون ضمنا بالجريمة، ولا يعتبر نكولهم عن شهادة يحملون عليها، حجة عليهم بشئ. فإذا عاملتهم السلطة كمجرمين لمجرد احتجاجهم بذلك الامتياز، كان تصرفها مخالفا للدستور.

ذلك أن الامتياز المتقدم يمثل من القيم الإنسانية أرقاها، ومن الحقوق الدستورية أكثرها اتصالا بجوهر النفس الإنسانية. فضلا عن أن كثيرين من المشبوهين أو المتهمين، أبرياء في حقيقة الأمر، ولكن سلطة الاتهام تزعزعهم ببأسها، وتقوض اطمئنانهم بحقوقها العريضة، فلا يكون خوفهم منها، وترددهم في الإقضاء بما لديهم أمامها، أو أمام جهة التحقيق، دليل جرمهم.

### المطلب الثاني

#### الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز

٧٢٦- ولا شأن لغير الأشخاص الطبيعيين بهذا الإمتياز، فلا يجوز أن تثيره أية منظمة ولا أن تحتج به لحسابها. وليس للعاملين في أية جهة منحها المشرع الشخصية الاعتبارية، حق في إخفاء وثائقها، أو حجبها Corporate records، أو الامتناع عن الشهادة ضدها، بزعم أن هذه الوثائق أو تلك الشهادة قد تدنيها، وأنهم مؤتمنون على وثائقها، وعليهم مسؤولية حفظها، أو أن أداءهم للشهادة ضدها يخل بواجباتهم قبلها. وشرط ذلك أن تكون وثائق هذه الجهة وسجلاتها، مودعة لديهم بصفتهم ممثلين لها. فإذا طلبتها منهم سلطة رسمية لمسوغ، تعين عليهم تقديمها لها، ولو أدانتهم هذه الوثائق في أشخاصهم.

(١) Murphy V. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52 (1964).

وحتى بعد تصفية الأشخاص الاعتبارية، وانتقال أوراقها ووثائقها إلى المصنفين، فإن على هؤلاء تقديمها إلى الجهة القضائية التي طلبتها. ولا كذلك الأوراق التي يملكها أشخاص طبيعيون ملكية خاصة، أو على الأقل تلك التي يحوزونها بصفته الشخصية البحتة. ذلك أن امتياز عدم جواز حملهم على الشهادة بما يدينهم، يشملها إذا تمسكوا به<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر

٧٢٧- يقوم امتياز حظر الحمل على الشهادة ليس فقط أمام المحكمة الفيدرالية ولكن كذلك في مواجهة محاكم الولاية. واضطرد القضاء على تطبيقه ليس فقط في إطار الاتهام الجنائي إذا أثاره المتهم أو الشهود؛ وإنما كذلك في نطاق الخصومة المدنية، وأمام لجان تقصى الحقائق البرلمانية؛ وأمام أية جهة إدارية. ويتعين القول بالتالي أن هذا الامتياز متاح لكل شخص تطارده السلطة بشكوكها؛ وإن كان أكثر وجوباً في المحاكمة الجنائية التي يعتبر هذا الامتياز مقررأ أصلاً لمصلحة المتهم المائل أمام المحكمة إذا سئل عن أحد أركان الجريمة، أو عن حقيقة الأوضاع التي لا يستها، كأن يسأل من ملطمة الاتهام عما إذا كان قد قتل، أو عن أداة هذه الجريمة ومكان إخفائها. وقد تنتأثر أجزاء الدلائل التي تتوافر لمسلطة الاتهام، ومن ثم توجه أسئلتها إلي المتهم حتي يطلعها علي حقيقة الصلة التي تربط هذه الأجزاء ببعضها.

ذلك أن الشرور التي يتوخى هذا الامتياز توقيها، تربو علي كل مصلحة تتغيا الجماعة حمايتها في مجال تعقبها للجرائم وكشفها عن مرتكبيها<sup>(٢)</sup>.

ولا عبرة بما إذا كان من شأن الشهادة التي يدلى الشخص بها، أن يدان بسببها عن الجريمة وفقاً للقانون المنظم لها، أو ألا يكون لها هذا الأثر.

وليس على المتهم، ولا على غيره، أن يعرض على المحكمة، نوع المخاطر التي قد يواجهها إذا أدلى بشهادته. ذلك أن بيانه لها قد يشي بنوع أو بنطاق الشهادة التي يريد كتمانها.

(١) Curcio, v. United States, 354 U.S. 118 (1957); Mcphaul, United States, 364 U.S. 72 (1960); Grant v. United States, 227 U.S. 74 (1913).

(٢) United States v. White, 322 U.S. 694 (1944).

ويلا حظ أنه وحتى إذا كان الشخص المائل أمام هيئة المحلفين الكبرى، هو المشتبه الأول في الجريمة، فإن من حقه أن يتمتع عن الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه.

ويتعين بالتالي لجواز الاحتجاج بالامتياز، النظر إلى أثر الأسئلة الموجهة إلى الشخص. فكلما كان من شأنها -في سياقها وعلى ضوء الأوضاع التي تلاعبها- الحصول على إجابة يضر الإقصاص عنها بمركزه، فإن الامتناع عن الرد على هذه الأسئلة، يكون مبرراً. ولا يجوز بالتالي حمل متهم على أن يقر بالجريمة، ولا أن يقدم أدلتها، ولا أن يدلي بشهادة عنها. ذلك أن حريته في الإقرار بالجريمة أو إنكارها، لا نزاع فيها<sup>(١)</sup>. وليس اعترافا بها مجرد سكوتة عنه لود على الأسئلة الموجهة إليه، ولا رفض الإدلاء بالشهادة التي يطلبها المحققون أو رجال الشرطة<sup>(٢)</sup>.

بل إن للمتهم في جريمة بالولاية، حق اللجوء إلى هذا الامتنياز، إذا كان من شأن الاحتماء به توقي الإقرار بالجريمة المحلية في الولاية، وبجريمة فيدرالية تقوم على الأركان ذاتها. وصح القول بالتالي بأن هذا الامتنياز لا يجوز أن يفسر تفسيراً ضيقاً؛ ولا بصورة تصفية تخل بالأغراض التي يستهدفها.

ويبدو هذا الامتنياز تقدماً هاماً في مجال إثراء الحرية، وهو كذلك علامة فارقة على طريق كفاح الإنسان من أجل أن يكون مندياً. ذلك أن ما يتوخاه هو ضمان القيم الجوهرية والآمال النبيلة التي نعتصم بها كشرط للحرية المنظمة التي يناقها أن يدين المتهمون أنفسهم بأنفسهم بما يناقض خصائص النظام الاتهامي للمدالة الجنائية، ويقوض كذلك حقوق المتهمين في ألا تنتزع لقواهم من خلال وعد أو وعيد، أو غيرهما من صور إساءة استعمال السلطة. ولئن كان هذا الامتنياز، يوفر أحياناً غطاءاً للجناة، إلا أن تطبيقه في أكثر صورته، كان حماية للكبراء<sup>(٣)</sup>. وصار اليوم ضماناً ليس فقط ضد الملاحقة الجنائية، وإنما كذلك باعتباره موئلاً لحماية حرية التعبير ولحفظ الكرامة الإنسانية<sup>(٤)</sup>.

ولا يجوز بالتالي إدراج من يحتجون بهذا الامتنياز في قائمة الجناة والمزورين، ولا أن يعامل باعتباره صنو الإقرار بالجريمة أو كقرينة قاطعة على التكليس، وإلا صار ملهه غير مضمون A Hollow Mockery. يؤيد هذا النظر أن هذا الإنسان -إن كان بريئاً- قد يظل متخوفاً من الاتهام الجنائي<sup>(٥)</sup>.

(١) Heike v. United States, 277 U.S. 131 (1913).

(٢) Bruno v. United States, 308 U.S. 287 (1939).

(٣) Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbour, 378 U.S. 52 (1954).

(٤) Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956).

(٥) Slochower v. Board of Higher Education, 350 U.S. 551 (1956).



علي أن الامتياز المذكور ليس بحق مطلق لأصحابه. ذلك أن عدم تمسكهم به، يفيد نزولهم عنه. فإذا احتجوا به كان للقاضي أن يقرر ما إذا كان الاحتواء بذلك الامتياز مبرراً أو غير مبرر. ويكون الاحتجاج بامتياز عدم الحمل علي الشهادة Testimonial Compulsion، مبرراً، كلما كان ظاهراً بوضوح من الأسئلة الموجهة إلي الشخص، أن لها من تركيبتها، وفي محيط إلقاءها، ما يجعل الإجابة عنها منظوية علي مخاطر جنائية يتعين توقعها<sup>(١)</sup>. وصار مقررًا كذلك أن ما يتوخاه هذا الامتياز ليس فقط حماية الأبرياء، وإنما كذلك ضمان نظام قضائي لا يدين الجناة، مالم تحمل سلطة الاتهام علي عاتقها التلليل بنفسها علي الجريمة بكافة أركانها Shouldering the entire load.

ولا يكون الاحتجاج بالامتناع عن الشهادة المقهورة، مبرراً، إذا تعلق بجريمة سقط الحق في تحريكها بالتقادم، أو بواقعة أقر بها الشخص في جملتها باختياره، ثم رفض الإفصاح عن تفصيلاتها. كذلك إذا كانت الشهادة التي يرفض الإدلاء بها تتعلق بجريمة أدين عنها بالفعل، أو صدر عفو بشأنها، ما لم تكن الشهادة التي حمل عليها مفضية إلي جريمة جديدة ترتبط أو لا ترتبط بالجريمة القديمة<sup>(٢)</sup>.

وكلما دعي شخص للشهادة أمام لجنة تشريعية أو قضائية أو إدارية، فإن رفضه المثول أمامها قد يشكل جريمة احتقار لها. فإذا ظهر أمامها، كان من حقه أن يرفض الإجابة علي أسئلتها الموحية بالجريمة التي ارتكبها<sup>(٣)</sup>.

ويفترض حظر الإدلاء بالشهادة التي تؤثم أصحابها، أن تكون مخاطر التجريم التي تتصل هذه الشهادة بها، قائمة. فإذا أجهضها المشرع من خلال حصانة خلعهها علي الشاهد Immunity Statutes بما يعطل نهائياً إمكان ملاحقته جنائياً عن الجريمة التي حوتها هذه الشهادة، سقط حظر الإدلاء بها بكل الآثار التي يرتبها. وشرط ذلك أن تعمل هذه الحصانة في الدائرة ذاتها التي يعمل فيها امتياز حظر الإدلاء بالشهادة الجبرية. وذلك بأن نقرأ عن يتمتعون بها، كافة المخاطر الناجمة عن شهادتهم التي قد تدبهم. ويتعين بالتالي أن تكون حصانة مطلقة، فلا تصرف إلى جريمة بذاتها دون غيرها<sup>(٤)</sup>.

(١) Hoffman v. United States, 341 U.S. 479 (1951); United States v. Murdock, 284 U.S. 141 (1931).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Emspak v. United States, 349 U.S. 190 (1955).

(٤) Counselman v. Hitchcock. 142 U.S. 547 (1892) Blau v. United States, 340 U.S.

159 ( 1950 ) See also Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 137 U.CIN, L. Rev. 671 ( 1968 ).

وتعطى هذه الحصانة عادة في الجرائم الخطيرة التي يحيطها الغموض، والتي يتعذر كشفها بغير الحصول على معلومات عنها من الأشخاص الذين تورطوا فيها<sup>(١)</sup>. ويفترض إعمال هذه الحصانة في الدول الفيدرالية، أن تتبسط مظللتها ليس فقط في مواجهة قوانين الولاية التي ينلون بشهادتهم في إقليمها، ولكن كذلك علي صعيد القوانين الفيدرالية، وذلك حتي لاتقيد السلطة أيا كان موقعها، من ثمار هذه الشهادة في اتهام جنائي لاحق يتصل بمن أدلي بها<sup>(٢)</sup>.

وإذ كان ما تتوخاه الحصانة المشار إليها، هو أن تمهد لتحقيق الأغراض المقصودة منها في مطاردة الجناة وتعقبهم وتقديمهم إلي القضاء لمحاسبتهم عن جرائمهم، فإن الشهادة التي تشملها هذه الحصانة تقترض صدقها، لا أن تكون شهادة زور لا قيمة لها<sup>(٣)</sup>.

فإذا لم تكن ثمة حصانة خلعتها الدولة علي الشاهد، فإن حمله علي الشهادة التي لا يريد إعلانها، مؤداه اعترافه جبراً Coerced Confession بالجريمة. ذلك أن الإقرار الحر بها، يفترض ألا يكون وليد إغواء -ولو كان مؤقتاً- ولا نتائج وعيد يؤثر في حرية الاختيار بما يشوهها أو يعطلها<sup>(٤)</sup>.

وفيفترض في إقرار المتهم بالجريمة بعد فترة طويلة من احتجازه في مقر الشرطة، وبغير محام، ودون اتهام، أن هذا الإقرار قد صدر عنوة<sup>(٥)</sup>. ولا يعتبر حمل المتهمين علي الشهادة ضد إرادتهم، قرين تعذيبهم للإقرار بالجريمة التي دخلوا فيها. وإنما يكلفهم فقط هذا الحمل بالشهادة ضد أنفسهم، وإنما تحملهم هذه الشهادة بما لا يطيقون لأنهم يدينون أنفسهم بأنفسهم<sup>(٦)</sup>.

ويلاحظ أن هذا الامتياز ليس ضمانا ضد الاحتقار العام للجاني سخرية، أو تهكما، ولا صلة له كذلك بشخصية المتهم. ولكنه يكفل عدم استخدام الشهادة التي أدلي بها كدليل ضده - لا ضد غيره- في اتهام جنائي بما يجرد المشرع، والمحكمة، وسلطة الاتهام، من الحق في حمل المتهم علي أن ينطق بما لا يريد لضمان حمايته ضد أشكال مختلفة من ضغوط السلطة وسوء موازينها في التقدير، وليقيم حاجزاً بينها وبين المتهم، مانعا إياها ليس فقط من استخدام شهادة مغتصبة في توجيه اتهام مباشر، ولكن كذلك من توليد دليل غير مباشر منها يدان به.

(١) Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Murphy v. The Waterfront Commission of New York, 378 U.S. 52 (1954).

(٣) Shatwell Mfg. Co. v. United States, 371 U.S. 342 (1963).

(٤) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884).

(٥) McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943).

(٦) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ذلك أن الأدلة التي تقدمها المطة ويجوز قبولها قانوناً، هي التي تتحصل عليها من مصدر مشروع يستقل كلية عن الشهادة التي حمل المتهم علي الإدلاء بها<sup>(١)</sup>.

وسواء أثار المتهم هذا الامتياز داخل ولاية في منظومة فيدرالية، أو علي صعيد محكمة فيدرالية، فإن مقاييس تطبيقه واحدة، ولو تعلق بالحمل علي الشهادة بمرحلة لتحقيق في الجريمة، وكان سابقاً بالتالي علي مرحلة الاتهام<sup>(٢)</sup>.

#### المطلب الرابع

التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أقل، لا يناقض

امتياز حظر الحمل علي الشهادة

٧٢٨- وليس لهذا الامتياز من صلة بعملية التفاوض Plea Bargain التي تتم بين سلطة الاتهام والمتهم، والتي تتوخي بها إقناع المتهم بأن يقر بارتكابه لجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها أصلاً.

ذلك أن عملية التفاوض هذه، وإن أقرتها بعض النظم القانونية حتي يتوفي المتهم -حال نجاحها- مدداً طويلة للحبس الاحتياطي، ومصبيراً مجهولاً يقارن محاكمة طويلة إجراءاتها، معقدة دروبها، غير معروفة سلفاً بنتيجتها؛ وحتى تقتصد سلطة الاتهام إجراءاتها وتختصرها لتوفر أموالاً طائلة تنفقها في مجال التليل علي صحة التهمة التي نسبها إلي متهمها؛ وحتى يطمئن الجمهور إلي أن الجناة سيودعون السجون بما يقيد حرياتهم كبديل عن إطلاق سراحهم بكفالة يكونون بها أحراراً في كل طريق، عابثين بكل القيم إلي حين مثولهم أمام المحكمة؛ وكان إقرار المتهمين -ومن خلال عملية التفاوض هذه- بالجريمة الأقل وطأة من تلك التي صدر بها قرار الاتهام، يفترض أن يكون هذا الإقرار حراً -لا إكراه- وألا تخل سلطة الاتهام بالاتفاق الذي تم بينها وبين المتهم من خلال عملية التفاوض تلك التي يعطي فيها كل من طرفيها ويأخذ Give and take. إذ هو وعد منها عليها أن تنفذ؛ فقد تعين القول بأن امتياز عدم جواز إدلاء المتهم بشهادة يريد كتمانها، يغير تماماً عملية التفاوض المشار إليها آنفاً، سواء في أهدافها أو نتيجتها.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Douglas في قضية:

Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

ذلك أن عملية التفاوض تلك، غايتها أن يوازن المتهم بين رجحان إدانته بالجريمة التي اتهم بها إذا تأثر على إنكارها، وبين احتمال الحكم ببراعته منها وهو ينظر بالتالي في العرض المقدم من سلطة الاتهام ليقر مختاراً بجريمة عقوبتها أقل.

ولا كذلك امتياز المتهم بأن يظل صامتا، إذ هو ضمان ضد حمل المتهم جبرا على الشهادة، وليس مدخلا لإقناع المتهم بالإقرار بجريمة أقل في عقوبتها من تلك التي قام الاتهام عليها<sup>(١)</sup>.

وما أراه هو أن عملية التفاوض هذه - وإن أقرتها بعض النظم القانونية- إلا أن شبهة مخالفتها للمستور يظاهرها أن المتهم يفضل -من خلال عملية التفاوض- بين إنكار الجريمة التي اتهم بها وبين خوفه من أن يدين عنها ولو كان بريئا، ليحملة هذا الخوف على الإقرار بجريمة لم يرتكبها لمجرد أن عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها، ولو لم يكن قد تورط فعلاً فيها.

#### المطلب الخامس

##### نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة

٧٢٩- ويبطل كل تعليق يصدر عن سلطة الاتهام في شأن امتناع شخص عن الشهادة جبراً، ويبطل كذلك كل توجيه يصدره القاضي لهيئة المحلفين بأن سكوته دليل جرمه.

ذلك أن هذا التعليق أو التوجيه من بقايا نظام للعدالة الجنائية يقوم على مطاردة الجناة من خلال ترويعهم بقصد انتزاع أقوالهم وإرهاقهم وتعذيبهم للإقرار بالجريمة Inquisitorial system of criminal justice وهو كذلك يتمحض عقاباً ضد أشخاص يرتكون إلى امتياز مقرر لهم بنص في الدستور. ومؤد فضلاً عما تقدم، إلى إغاثتهم لاجملهم بما لا يطيقون<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز الركون إلى هذا الامتياز لحماية شخص آخر، ولا لحمل العاملين في الدولة على التخلي عن الحماية التي يكفلها، والإدلاء بأقوال في شأن أوجه نشاطهم التي انخرطوا فيها، ولا أن تفصلهم الجهة التي يعملون بها، إذا تمسكوا بذلك الامتياز<sup>(٣)</sup>.

(١) Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971); Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); See also T. Mason & William M. Beane, American Constitutional Law, 6<sup>th</sup> ed. 1978, P. 669.

(٢) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

(٣) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).

ويلاحظ أن هذا الامتياز مقرر في التعديل الخامس للدستور الأمريكي وبالرغم من صراحة هذا التعديل في تلقى حكمه بالإجراءات الجنائية Criminal proceedings، إلا أن من الثابت اليوم أنه صار مقرراً في القضايا المدنية، وأمام هيئة المحلفين الكبرى وأمام اللجان التشريعية. انظر في ذلك: Antieau, Modern Constitutional. Law, Volume one, 1969 P.195.

٧٣٠- ويظل محظورا حمل شخص علي الشهادة، ولو لم تكن كافية بذاتها لتقرير مسؤوليته عن الجريمة. ذلك أن الفصل في كفايتها أو في قصورها عن إثباتها، غير منتج في تحديد نطاق تطبيق هذا الحظر. ويظل هذا الحظر قائما ولو كان من شأن الشهادة التي ينلي الشخص بها، مجرد إيضاح الصلة التي تربط الدلائل اللازمة للاتهام ببعضها، لتجمعها سلسلة واحدة متصلة حلقاتها<sup>(١)</sup>.

Answers which would have furnished a link in the chain of evidence needed in a prosecution.

وإذا قبل المتهم الشهادة أمام المحكمة، اعتبر ذلك فقط نزولا عن امتياز عدم جواز الحمل عليها في شأن الجريمة التي قبل الشهادة بشأنها، وليس بالنسبة إلي غيرها من الجرائم التي لا ترتبط بها. فإذا أعطي طوعية الشهادة الموثمة، لم يعد من حقه الامتناع عن الرد علي الأسئلة التي لن تغير مركزه في الجريمة التي أقر بها<sup>(٢)</sup>.

٧٣١- وأكثر ما تظهر فيه قيمة هذا الامتياز، عند التحقيق مع المتهم بعد احتجازه وتقييد حريته بوجه أو بآخر Custodial interrogation. ومبادرة رجال السلطة القائمين علي تنفيذ القانون، بتوجيه أسئلتهم إليه. ذلك أن حقهم في توجيه أسئلتهم هذه، معلق علي تحذيره بأن من حقه أن يكون صامتا، وأن كل قول يصدر عنه، قد يؤخذ ضده، وأن من حقه الحصول علي مشورة محام، سواء كان معينا أو مأجورا.

ولمن احتجز علي النحو المتقدم، أن يسقط هذه الحقوق كلها أو بعضها بشرط أن يكون حر الإرادة، وأن يكون النزول عنها بعد العلم بحقيقتها.

وعلي رجال تنفيذ القانون الامتناع عن توجيه أسئلة إلي المحتجز لديهم إذا أبلغهم بعزمه عدم الرد عليها قبل مثول محاميه، ولو كان قد أجاب قبل حضوره علي بعضها.

ذلك أن حظر الحمل علي الشهادة مؤلده، أنه كلما أبان المحتجز سواء قبل أو أثناء سؤاله عن رغبته في أن يظل صامتا؛ فإن كل الأسئلة يتعين وقفها. ويفترض بالتالي أن كل بيان ينلي به بعد تمسكه بامتياز عدم الحمل علي الشهادة، هو نتاج قهر، فلا يؤخذ به<sup>(٣)</sup>.

٧٣٢- وفي مصر تنص المادة ٤٢ من الدستور الدائم علي أن المواطنين لا تجوز معاملتهم -سواء حال القبض عليهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم علي وجه آخر- بما يخل

(١) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Miranda v. Arizona, 304 U.S. 436 (1966).

بكرامتهم. ولا يجوز كذلك إيذاءهم بدنياً أو معنوياً، ولا احتجازهم أو حبسهم في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم المسجون، ولا افتراء أقولهم تحت وطأة شيء مما تقدم، أو التهديد بشيء مما تقدم؛ وإلا تعين إهدارها وعدم التعويل عليها.

ويندل في مفهوم هذا النص، الحمل على الشهادة، إذ هي أقوال تؤخذ من المواطنين جبراً عنهم، لأنها تنتزع تحت وطأة إكراه أو تهديد بإيذاء سلبياً كان أو معنوياً- فلا تقوم لها قائمة.

ولا يجوز كذلك أن يتدخل المشرع في أوراق خاصة، يلزم مالكها أو حائزها بتقديمها، ولو كان ذلك بقصد معرفة صور من التعامل أثبتتها. ذلك أن حظر إدلاء الشخص بشهادة تكينه، مبناه نص في الدستور لا يجوز أن يخل به المشرع.

#### المطلب السادس

##### صور من التحقيق لا يشملها الامتياز

٢٣٣- ولأن الجناة كثيراً ما يتركون في مسرح الجريمة آثاراً تدل عليهم بندرج تحتها بصماتهم وأدواتهم في تنفيذها، وأحاديثهم التي تبادلوها وسمعها آخرون، وانطباع أقدامهم التي خلفتها أحذيتهم، وما نطقوا به أو دونوه في مكان الجريمة، وملابسهم وأقنعتهم ونوع ملابسهم التي ظهروا بها وهم يقدمون عليها؛ وكان المتهمون بالجريمة هم عادة جناتها المحتملون، فإن القطع بمن يكون من بينهم قد انخرط فيها، يقتضى من جهة التحقيق، ومن المحكمة ذاتها، التي يمثلون أمامها، أن تبذل كل جهد تفصل به بين متهمين أو مشبوهين لا شأن لهم بالجريمة، وآخرين من بينهم، أو من غيرهم، مسئولين عنها، وكانوا أطرافاً فيها.

ولا يكون ذلك إلا بفصلها بين هؤلاء وهؤلاء، من خلال وسائل متعددة، بندرج تحتها صفتهم مع آخرين، وخطتهم ببعض Lineup، حتى يحدد شهود الرؤية من كان من بينهم ضالعا في الجريمة.

وقد تقارن جهة التحقيق أو المحكمة بصماتهم وآثار أقدامهم، بتلك التي خلفها الجناة من ورائهم، أو تستكتبهم للفصل في تطابق عبارة دونها أحد الجناة مع خطهم، أو تسجل أصواتهم أو تكلفهم النطق بكلمة بعينها بقصد تعيين صاحبها؛ أو تعيد ملاحظتهم إلى صورتها الحقيقية التي حاولوا إخفاءها، كنزع لحاهم أو شواربهم التي كانوا قد أطلقوها بعد ارتكابهم الجريمة.

فمثل هذه الأعمال التي يحمل المتهمون على القيام بها -التي يدخل فيها مراقبتهم في مشينتهم إذا كان أحد الجناة معوقاً أو ذو مشية خاصة- لا شأن لها بالشهادة التي يكرهون على الإدلاء بها بما يدينهم بسببها، ولا صلة لها كذلك بخواص حياتهم التي يريدون كتمانها، وإنما هي أعمال غير مقصودة لنفسها، تتحصر غايتها في الفصل بين فريقين لأحدهما دور في الجريمة، ولا صلة للفريق الآخر بها.

ومن ثم تتصل هذه الأعمال بمظاهر خارجية كان الجناة عليها، أو محاطين بها أثناء ارتكابهم لها. فلا تتوخى غير تحديد شخصياتهم من خلال آثار مادية خلفوها، أو صورة مرئية كانت عليها ملامحهم التي شوهدوا بها<sup>(١)</sup>. An identifying physical characteristic. كان يطلب من أحد المشتبهين إطلاق لحيته، أو تغطية وجهه بمنديل كان قد شوهد به أحد الجناة وقت الجريمة. وكل ذلك جائز قانوناً، ولا يتصل بالحمل على الشهادة.

#### المطلب السابع

#### التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها

٧٣٤- ولا تزال غير مقطوع بها، فواصل التمييز بين شهادة محظورة إذا حمل عليها المتهم، لاحتمال أن يدان بسببها؛ وبين أعمال يجوز حمل المتهمين على القيام بها، فصلاً فيمن يكون من بينهم متصلاً بالجريمة، أو غير مرتبط بها.

وكثيراً ما يقع التداخل بين الأمرين. فأخذ عينة من دم سائق ضبط مترنحاً وهو يقود سيارة في الطريق العام، جائز في مفهوم كثير من النظم القانونية باعتباره عملاً منفصلاً عن شهادة قد يدان المتهم بسببها إذا حمل عليها<sup>(٢)</sup>.

وفصلاً في هذا التداخل، يتعين القول بأن مكافحة الجريمة، وإن اقتضى تحديد أشخاص مرتكبها كخطوة هامة على طريق القبض عليهم والقصاص منهم؛ إلا أن هذا التحديد يغاير من كل الوجوه، حملهم على أن يشهدوا ضد أنفسهم بأنفسهم<sup>(٣)</sup>.

(١) United States v. Wade. 388 U.S. 218 (1967). Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) Schmemmer v. California. 384 U.S. 757 (1966).

هذا وقد قرر القضاة المخالفون لحكم المحكمة في هذه القضية، بأن تطيل العينة التي تؤخذ من دم السائق، تدينه بالضرورة عن مخالفة قوانين المرور إذا كان حقاً مغموراً أثناء القيادة

(٣) United States v. Wade. 388 U.S. 218 (1967).

ويتعين بالتالى أن يكون لحظر الإدلاء بالشهادة المؤتمنة، دائرة منطقية لا تعطل أو تعزل أعمالاً لا شأن لها بها، غايتها مطاردة الجناة وتعقيم.

### المطلب الثامن

#### مضمون الشهادة التى يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً

٧٣٥- والشهادة التى يحظر حمل المتهم عليها، تتناول تصرفاته السابقة على الجريمة، كالتحضير لها، أو المعاصرة للجريمة، كمراقبة الطريق كى ينفرد الجناة بغريمهم؛ أو التى تلتها إذا كان لها صلة بها، كإخفاء أشياء مسروقة متحصلة منها.

وهى كذلك شهادة لا يجوز صرفها -إذا قبل المتهم باختياره الإدلاء بها- إلى غير الجريمة التى تتعلق بها. ذلك أن حظر الحمل على الشهادة من الحقوق الشخصية التى يجوز لكل متهم النزول عنها اختياراً. فإذا نزل عن هذا الامتياز، فإن الشهادة التى يدلى بها تتناول كل واقعة تتصل بالجريمة التى قبل الشهادة عنها، ليس فقط فيما هو عريض من خطوط هذه الجريمة، بل كذلك فى أدق تفصيلاتها<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر نزولاً اختيارياً عن هذا الامتياز، تهديد جهة العمل لأحد العاملين بها -بطريق مباشر أو غير مباشر- بالفصل من وظيفته إن لم يدل بشهادة طلبها، قد يدان بسببها. ذلك أن ولاء لها أو تقنتها به، لا يجوز أن يصير مشكوكاً فيه لمجرد تمسكه بامتياز عدم الإدلاء بالشهادة الجبرية، وإلا صار ثمن الاحتجاج به تخبيراً للقائم بالعمل العام، بين أن يظل صامناً فلا يدان، أو أن يتكلم، ليحاكم. وهو ثمن باهظ لا يجوز القبول به<sup>(٢)</sup>.

وكل شهادة يدلى بها المتهم باختياره يجوز الأخذ بها، ولو تعدد من خلالها تشويه بعض الحقائق التى أفصح عنها<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن هذا الامتياز -على الأقل فى جذوره التاريخية- لا يتوخى حمية الخطأين، وإنما هو مقرر أصلاً لمصلحة الأبرياء الذين نصيبهم السلطة ببأسها، وتقرعهم بضراوتها، فلا يجنون غير صمتهم ملاذاً لهم فى مواجهتها، حتى لا تؤخذ عليهم كلمة ينطقون بها، ولو انزلوا إليها. وغير صحيح بالتالى القول بأن الذين يتمسكون بذلك الامتياز، يتعمدون طمس الحقائق أو تحريفها لإخفاء جرائمهم.

(١) Marchetti v. United States, 390 U.S. 39 (1968); Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٢) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967).

(٣) Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).



### المطلب التاسع

#### حظر الحمل على الشهادة لأبقوم في المواد المدنية

٧٣٦- وإذا كان الامتناع عن الشهادة -في إطار اتهام جنائي- حق لكل شخص قد تؤخذ شهادته على محمل الإقرار بجريمة يكون قد ارتكبها؛ وكان لا يجوز لسلطة الاتهام، ولا للمحكمة الجنائية، أن تعلق على هذا الامتناع، بما يضر بالمتهم، ولا أن تستخلص من صمته قرينة على تربيته في الجريمة؛ إلا أن الامتناع عن الشهادة في المواد المدنية ليس كذلك، إذ يجوز للقاضي، ولكل خصم في الخصومة المدنية، أن يستبطن من هذا الامتناع، كل نتيجة منطقية يمكن ربطها به.

### المطلب العاشر

#### أهمية الامتياز

٧٣٧- وقد نظر البعض إلى امتياز حظر الإدلاء بالشهادة المؤتمنة، بأنه أحد أبرز النقاط في كفاح الإنسان لجعل نفسه مدنيا. وصار هذا الامتياز كافلاً حرية الأفراد جميعهم؛ وعائقاً ضد تدخل الدولة في طرائقهم في التعبير عن الأفكار التي يؤمنون بها<sup>(١)</sup>.

وقرر آخرون أن هذا الامتياز يرد عصف الدولة، ويمنعها من أن تطلق تحرياتها دون قيد، لتتال من الأفراد في خواص حياتهم، متخفية في ذلك وراء عباءة القانون<sup>(٢)</sup> ومن ثم تبدو أهمية هذا الامتياز ليس فقط في أنه يعصم الفرد من تدخل رجال الشرطة بتحرياتهم المرفقة -وغير المبررة أحيانا- في كثير من شئون حياته؛ وإنما لأن من أثره أن يحجز الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها، عن إقرار قانون تحمل به أحد الأفراد على تقديم بيان، أو الإدلاء بشهادة، أو الإعلان عن محادثة أجراها؛ إذا آل هذا البيان، أو الشهادة، أو الاتصال، إلى تجريمه، سواء كان موضوع هذا القانون قضائياً، أم تأديبياً، أم إدارياً، أم كان الجزاء المقرر به متضمناً الحرمان من الاختراقات في عمل.

ذلك أن ما يتوخاه امتياز حظر الشهادة المؤتمنة، هو حماية الفرد من مواجهة المخاطر الحقيقية للتجريم الذاتي التي ينزلق إليها من خلال هذه الشهادة. ويتعين بالتالي، تنبيهه قبل توجيه أية أسئلة إليه، إلى حقه المقرر دستوريا في ألا يشهد بغير ما يريد.

(١) E.Griswold, The Fifth Amendment Today, 7 (1955).

(٢) Imlay, The Paradoxical self-Incrimination Rule, 6 Miami law Quarterly. 147 (1952).

### المطلب الحادي عشر

#### المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة

٧٣٨- ولعل أكثر المخاطر التي يثيرها هذا الامتياز، هي التي تتعلق بتوجه كثير من النظم القانونية في عموم تطبيقاتها، وفي مجال تنظيمها لبعض المهن والأعمال - إلى تكليف من يباشرونها بتقديم بيانات عنها يندرج تحتها إمساك أوراقها و سجلاتها ووثائقها التي تكشف حقيقة إيراداتهم الخاضعة للضريبة على الدخل، أو نوع منتجاتهم وتاريخ إنتاجها وطرق صيانتها، ووسائل تصريفهم لمخرجاتها من المواد الملوثة. وكذلك أوضاع وشروط العمل فيها، وطبيعة القروض التي يحصلون عليها. وقد يعلق المشرع مباشرة المهنة أو الحرفة على ترخيص.

ففي هذه الأحوال جميعها، قد يتحقق خطر توجيه الاتهام إلى هؤلاء وهؤلاء من أجل إخفائهم بيانا كان عليهم أن يقدموه، أو ارتكابهم جريمة كشفتها سجلاتهم.

ويتعين بالتالي تحقيق نوع من التوازن بين ضرورة ضبط صور من التعامل والعلائق القانونية في إطار ينظمها من جهة، وبين الحماية التي يكفلها المستوى لكل فرد ليحول بها دون تجريمه تجريماً ذاتياً من جهة أخرى. ويتحقق هذا التوازن بشرطين:

أولهما: أن يكون ضبط الأفراد لمسجلاتهم هذه في المهن التي يباشرونها، موافقاً أعرفها.

ثانيهما: أن يكون طلبها منهم متوخياً التحقق من أمور لها طبيعة تنظيمية، لا جنائية.

وفي إطار هذين الشرطين، يجوز أن يكون حفظ السجل مطلوباً تنفيذاً لنظم قانونية قائمة، وبالشروط التي تبينها.

فلا يعتبر التحقق من توافرها أو تخلفها، إخلالاً بامتياز حظر الشهادة المؤتمنة ما لم تكن عملية التسجيل في ذاتها، مودية إلى التجريم. وهو ما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين يحوزون أشياء بالمخالفة للقانون، كأسلحة غير مأذون لهم بالاتجار فيها، أو أجهزة قمار ممنوع تداولها بنص في القانون.

ذلك أن حملهم على حفظ سجل بها، أو تقديم بيان لعملياتهم بشأنها، مؤداه سوقهم إلى دائرة الاتهام الجنائي.

وصار ثابتاً بالتالي امتناع إقرار قانون يكون من وجهه، أو بالنظر إلى أثره، منطقياً على مخاطر حقيقة بالتجريم الذاتي<sup>(١)</sup>.

وعلى الأخص لا يجوز لقانون منطو على جزاء -ولو كان اقتصادياً في طبيعته- أن يفرض على المخاطبين به أحد خيارين: إما رفض الاتصياح لأحكامه، أو القبول بها بما قد يجرمهم شخصياً.

---

(١) فلذا ألزم المشرع القلمين على صناعة معينة بإمسك سجل تكون فيه البيانات المتعلقة بمستوي الملوثات التي يصيبنها في أحد المجاري المائية، فإن موقفهم من هذا الالتزام، إما الامتناع عن إمساك السجل حتي لا يقموا تحت طائلة القانون إذا كانت هذه الملوثات تزيد عن المسموح بها؛ أو إمساكه لتكديهم البيانات الواردة فيه.

وفي قضية: *Alberston v. SACB*, 382 U.S. 70 (1965).  
 قضى بعدم دستورية قانون ألزم منظمة بتسجيل أعضاء الحزب الشيوعي المنتمين إليها على أساس اخلال هذا القانون بالحظر المقرر دستورياً ضد الحمل على الشهادة.

### الفصل الرابع

#### القيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية

##### المبحث الأول

نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور الجزاء

٧٣٩- تصاغ القوانين الجنائية على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تتطلبها ونقضيها ليس فقط من جهة مضمونها، وإنما كذلك من ناحية صور الجزاء التي يتعين تطبيقها على المخالفين لأحكامها. ذلك أن ما يتقياه المشرع من هذه القوانين، هو أن يحدد من منظور اجتماعي، ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يتخذ من العقوبة أداة لحملهم على التخلي عنها. ويتعين بالتالي أن يكون الجزاء على إتيانهم الأفعال التي نهام عنها أو كفهم بها، مقبولا من زاوية، اجتماعية، وإلا صار محظورا<sup>(١)</sup>.

##### ١. صور من الأفعال لا يجوز تأنيبها

٧٤٠- وفي هذا الإطار، لا يجوز أن يؤثم المشرع تداول الأفراد للوسائل التي يمنعون بها الحمل<sup>(٢)</sup>؛ ولا أن يعاقبهم على حالة لا يستطيعون دفعها، ولا يسيطرون بسببها على أفعالهم كتعاطيهم الخمر<sup>(٣)</sup>؛ ولأن يعطل سلطتهم في إدارة أموالهم أو التعامل فيها لمجرد ظهور دلائل من تحقيق جنائي على تورطهم في جريمة معاقبا عليها<sup>(٤)</sup>؛ ولا أن يدينهم بناء على مجرد اشتهار ارتكابهم لجرائم بذواتها عينها المشرع؛ ولا أن تقتض خطورتهم بناء

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٣) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

وفي ذلك نقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن الإدمان على تعاطي المخدرات حالة من Addictio to the use of narcotics مرض لا يدخل الإنسان فيه باختياره. فإذا اعتبر مجرماً بناء على حالته هذه، وبغير أن يكون مذنباً بناء على سلوكه المخالف للقوانين الجنائية، فإن عقابه يكون قاسياً وشاذاً ومخالفاً للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ولا عذر بمدة العقوبة، ذلك أن يوماً واحداً في السجن يعد عقوبة قاسية إذا وقعت على شخص لمجرد أنه أصيب بالزكام. ومجرد الإدمان بالتالي حالة Mere status of being an addict أياً كانت الطريقة التي اكتسبها المريض بها، لأنها تحمل المريض فسيولوجياً على الاستمرار على تعاطي المواد المخدرة، ليكون ضحيته.

(٤) القضية رقم ٢٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٠/٥/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

على مجرد انزلاقهم في جرائم سابقة<sup>(١)</sup>، ولا أن يعاقبهم المشرع من جديد عن جرائم استوفوا القصاص عنها<sup>(٢)</sup>.

## ٢. صور من الأعمال يجوز تأنيبها

٧٤١- وفي إطار ضوابط الدستور، فإن الكلمة التي تنطق بها، يجوز تجريمها إذا كان من شأنها الدعوة إلى الجريمة أو التحريض عليها أو التجهيز لها، وعلى الأخص كلما كان هدفها تفويض الأنظم القائمة -انقلاباً عليها- بغير الوسائل السلمية.

### أ - جواز تأنيب صور التعبير التي يقرنها خطر قائم وحال

والدستور بذلك يطلق حرية الكلمة من عقابها بشرط ألا تقارنها مخاطر واضحة، وحالة يتعذر توقيفها Clear and present danger، كذلك التي تهدد بها مصلحة قومية حيوية، أو التي تتال من أعراض الناس وحرمتهم تشويها لمصمتهم وتحقيراً لشأنهم بين ذويهم. وإذا كان الدستور يجيز الكلمة كأداة للتعبير، إلا أن فضها يفقد قيمتها. وهي إذ تتحدر إلى الضغائن الشخصية، فإن دورها كأداة للتعبير، ينقلص إلى حد كبير.

ويتعين بالتالي أن يرتبط التدخل بالقوانين الجزائية في حرية التعبير، بنوع المصلحة التي تتوخى هذه القوانين حمايتها.

فما لم يكن التعبير عميقاً في شره وخطره، داهماً في أثره على مصلحة لها اعتبارها، فإن تجريم هذا التعبير يكون محظوراً.

وهو ما يصنق كذلك على حرية الاجتماع التي لا يجوز لقانون أن يجتثها من منابها من خلال حظر اجتماع معين، أو تقييده في غير ضرورة.

٧٤٢- وقد يتخذ التعبير صورة نظم مقدم من فرد إلى السلطة من جور أصابه، تشكيا من أضراره، وطلباً للتوبيخ عنها. ومثل هذا التظلم لا يجوز تقييده، إذ هو اختماء بالسلطة العامة التي يفترض صونها لحقوق مواطنيها ومصلحتهم بشرط أن يكون موقعاً<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠ - ص ١١٤ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٢٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) تنص المادة ٦٢ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه.

فإذا أجابته على تظلماتهم تلك بما يدل على عدم اكترائها بها، أو حاسبتهم عنها؛ أو أهملتها كلية بالنظر إلى مضمونها، أو حدة عباراتها أو لخروجها عما تراه لاتقا من أصول مخاطبتها؛ حملتهم بتصرفاتها هذه، على تجنبها، أو على الثورة عليها، بعد تخليها عن همومهم ومتاعبهم.

#### ب- جواز حظر المطبوع الداعر

قد يعطى إنسان غيره مادة تنقسم بالمجون والخلاعة أو يبيعهها أو يملكها إياها، وهو يعلم بمحتواها، سواء كان قد خلق هذه المادة من خلال عمل من أعمال الإبداع أثناءه، أو كان قد صورها أو سجلها أو أعدها في شكل مطبوع يقرأ وينشر، أو عرضها في مسرح أو في مرقص، أو حازها بقصد توزيعها ونشرها، أو تملكها ليروجها على نحو أو آخر.

ففي هذه الفروض جميعها، لا يتسم المطبوع بالمجون، إلا إذا كان في مجموع محتواه -على ضوء مقاييس اللباغين من أوساط الناس الذين يطبقون القيم السائدة في المنطقة الإقليمية التي يتواجدون فيها- يستميل بصورة ظاهرة، من يتلقاه من الأشخاص الذين تملكهم الأفكار الشهوانية وتستبد بهم. فلا يكون المطبوع -هذه الخصائص تبلور محتواه- ذا قيمة أدبية أو علمية أو سياسية أو اجتماعية لها شأن. ويؤخذ في تحديد قيمة المطبوع بمحيط نشره، وبالطريقة التي يعرض بها، وبالفرص المتاحة لتوزيعه.

والجريمة التي تتعلق بالمطبوع الماجن أو الفاجر أو الفاسق، جريمة عمدية. ولا تتوافر بالتالي إلا إذا كان الشخص الذي تدخل في هذا المطبوع -سواء يبيعه أو بشرائه أو يعرضه أو ينشره أو يتألفه أو بتسجيله أو بالتعبير عن محتواه في صورة حركية أو في شكل رسم أو على نحو آخر- يتوخى أن يثير شهوة الآخرين الذين يتلقونه<sup>(١)</sup>.

وتجريم التدخل في المطبوع الداعر على النحو المتقدم البيان، ليس منافيا لحكم العقل، ذلك أن للثولة مصلحة مشروعة في حظر نشر المواد التي تخل بالحياء العام كلما كان عرضها أو توزيعها أو توصيلها إلى الآخرين على نحو ما، مؤنيا بصورة واضحة مشاعر غير الراغبين في تلقيها، أو يعرض لمخاطر الجنوح صغارا، لم يكتمل فهمهم لحقائق الحياة<sup>(٢)</sup>، وليس لهم من قوة الإرادة ما يعزلهم عن صور الإغواء التي لا تليق بهم.

(١) M. Cherif Bassiouni. Substantive Criminal Law. 1978. p.376.

(٢) Stanely. Georgia, 394 U.S. 557, 567 (1969).

ومن ثم لا يعتبر حظر المطبوع الداعر Obscene Material مفاقاً لحرية التعبير. ذلك أن الدستور، وإن كان يكفل الحماية للأراء التي نبغضها وتلك التي تزدريها أو التي تطرح في مناخ عام لايقبلها؛ إلا أن حدود التأثير التي يبلغها المطبوع الداعر، ليس لها حماية من الدستور.

يؤيد ذلك أن ضمان الدستور لحرية الصحافة ولحرية القول بوجه عام، نغيا ضمان التبادل غير المعاق للأراء من أجل تغيير الأوضاع القائمة -أو على الأقل في بعض جوانبها- وفق ما تراه الجماهير ملبياً لمتطلباتها.

ومن غير المتصور أن تدخل في إطار حرية التعبير، كل مادة تثير -لا بطبيعتها- ولكن من منظور أوساط الناس في المنطقة الإقليمية التي يوجدون فيها الشابقون جنسياً الذين يرون في فحشها وبذاعتها محركاً لشهواتهم. ويتعين بالتالي لتجريم من يتدخلون في المطبوع الداعر -خلقاً أو عرضاً أو ترويجاً- أن تتوافر الشرائط الأتي بيانها:

١. أن يكون العمل -في مجموع محتواه- يعد مثيراً للفرائز ومحركاً للشهوة الجنسية من وجهة نظر الشخص المعتاد الذي يطبق علي هذا العمل المستويات المعاصرة للمنطقة الإقليمية التي يعيش فيها. ولا يقصد بالشخص المعتاد في هذا المقام، من يكون مرفهاً أو متبداً أو جامداً في مشاعره، أو مغالياً في القيم الخلقية التي يؤمن بها، أو منتمياً إلي جماعة محدودة لها مثلها ومفاهيمها الخاصة التي تغاير تلك التي درج أوساط الناس علي انتهاجها في مظاهر سلوكها كقيم تواضعوا عليها، وحددوا علي ضوئها ما يعتبر خطأ أو صواباً. ذلك أن الشخص المعتاد وفقاً لهذا المعيار، هو من أوساط الناس الذين يشتركون في القيم التي تمثل نهجا مقبولا بوجه عام في المنطقة الإقليمية التي يعرض فيها العمل الفاحش.

وتبدو أهمية الإشارة إلي المنطقة الإقليمية في الدول المترامية أطرافها، والتي تتباين وحداتها الإقليمية في تراثها وعاداتها وتقاليدها وقيمها، بما يغاير بين بعضها البعض، فلا تجمعها معايير موحدة في شأن ما يعتبر مثيراً للفرائز أو مخلاً بالحياء العام إخلالاً واضحا.

ومن ثم لا تقوم القيم الخلقية في هذه الدول علي معايير فرضية، ولا علي أسس موحدة تضم شعوبها إلي بعضها البعض، رغم اختلافها فيما بينها في أنوالها ومقاييس تطبيقها للقيم التي تسودها. ذلك أن الفوارق الذاتية بينها يستحيل إزالتها. فضلاً عن أن من غير المنطقي تصور تحديد طبيعة المطبوع، عن طريق فرض ضوابط جامدة لها طبيعة الإطلاق.

٢. أن يعرض العمل بالكلمة أو الصورة أو بغيرها من صور التعبير وبطريقة فاجرة- السلوك الجنسي محددا وفق ما قرره القوانين المعمول بها في المنطقة الإقليمية.

٣. أن يفكر للعمل منظوراً في ذلك إلى مجموع محتواه- إلى الجدية التي تدل على قيمته الأدبية أو الفنية أو السياسية أو العلمية.

ومن ثم لا تنبسط الحماية المقررة دستوريا لحرية التعبير، لا على الأعمال الجنسية النهائية، السوية منها أو المنحرفة، الفعلية منها أو التصنعية، إذا كان تقديمها أو وصفها مخلا بدرجة ظاهرة بالحياء العام؛ ولا على الأعمال التي تتضمن عرضاً أو وصفاً مثيراً للشهوة سواء للأعضاء الجنسية أو لوسائل الاستئثار الجنسية الذاتية<sup>(١)</sup>.

وبوجه عام لا تحظى بالحماية المنصوص عليها بالمستور، الأعمال المثيرة للفراغ، والتي يكون عرضها أو وصفها للملوك الجنسي نابيا عن الخلق، وشائناً، عدا ما يكون لبعضها من قيمة أدبية أو فنية أو سياسية أو علمية، كالمؤلفات الطبية التي تقدم لأغراض تشريح الإنسان، وصفاً بالكلمة وبالصورة لدقائق تكوين جسده.

٧٤٣- وأيا كان أمر ضوابط المطبوع الداعر، فإن فجره يتحدد على ضوء المفاهيم الاجتماعية القائمة في المنطقة التي يوزع المطبوع فيها. وليس شمة معيار عام يتصل بدعارة المطبوع ويسعها في كل تطبيقاتها، وإنما تتغاير ضوابط دعارة المطبوع في الزمان والمكان والأشخاص. فالمطبوع الداعر في مكان ما، قد يراه آخرون في مكان أو زمن آخر، مقبولا من أوساطهم. فلا يعتد بالتقييم الغالبة في مكان وزمن معين، إلا بقدر تلاقيها مع أوساط الناس في هذا المكان والزمان. وكلما كان مقياس أوساط الناس في هذا الزمان والمكان، دالاً على أن المطبوع في مجموع محتواه، يتسم بالخروج الظاهر على ضوابط الحياء العام، جاز حظر تداول هذا المطبوع، ولو توافرت له بعض القيمة الاجتماعية.

#### ج- جواز حظر الرق وغيره من صور التعامل في الأشخاص

٧٤٤- بنافي الرق حقيقة أن الناس جميعهم ولدوا أحراراً يتساوون في كرامتهم وفي حقوقهم، وقد وهبهم الله ميزة العقل والضمير لتجمعهم روح الأخوة ببعضهم البعض، فلا ينظر إلى فريق منهم كأشخاص لا يجوز لمسهم<sup>(٢)</sup> Untouchable وليس للآخرين حق في معاملتهم

(١) Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 ( 1966 ).

(٢) الفئ النسور الهندي الحظر الذي كان قائماً بمنع لمس بعض الأشخاص  
Abolition of untouchability



كاشياء يملكونها ويتصرفون فيها، أو يستغلونها، أو ينتزعون منها الحق في الحياة، أو يباشرون عليها حقوق ارتفاق<sup>(١)</sup> Servitude. والرق بناء على لون الأشخاص تمييز غير مشروع. وهو في كل صورة محظور، ليس فقط لأنه نوع من السخرة التي لفظتها الدول جميعها، وإنما لأن الرق في محتواه، إذلال للبشر، وهبوط بآدميتهم إلى أدنى مستوياتها. والذين يملكونهم يباشرون عليهم من الحقوق أوسعها، والتي تصل في مداها إلى حد تعذيبهم، أو الإخلال الخطير بتكامل أبدانهم، أو إزهاق أرواحهم بل إنهم يقتصرون زوجاتهم ولا يعترفون ببنوة أبنائهم منهن. ويظل الرقيق في أسرهم عبداً من كل الوجوه. ويطلوده سيده إذا فر، ولو كان فراره للحصول على الحرية التي حرم منها. والرقيق دائماً مجرد من كل الحقوق، وعلى الأخص تلك التي تتعلق بزيادة الاختيار، لأنه لايزيد عن مجرد شيء بغير قيمة<sup>(٢)</sup>.

ودعارة المرأة نوع من الرق يصفها القضاء بالرقيق الأبيض White slavery. وتحرص النظم الوطنية في كثير من الدول على حظره باعتباره تعاملاً في جسد المرأة -ولو كانت فتاة صغيرة- لأن من يقودون المرأة إلى هذا المصير يدركون أنهم يعرضونها لاسوأ صور الامتهان لنفسها وكرامتها، وأنهم كذلك يردونها إلى هاوية لا قرار لها تتعرض معها لأمراض قاتلة، ولحياة يظللها الدنس والفجور يزيد من وطأتها انتقالها في الدول الفيدرالية بين ولاياتها المختلفة، وعرضها لبضاعتها على من يطلبها، بما يجعل هذا الانتقال جزءاً من عملية الدعارة يسهلها ويروجها. ومن ثم كان انتقالها سواء داخل الدولة الواحدة أو فيما بين دولتين، عملاً محظوراً جنائياً بغض النظر عن وسيلة الانتقال التي تعتمد عليها لتحقيق هدفها في عرض نفسها. ويعتبر كذلك عملاً مخالفاً للقانون تحريضها على البغاء أو إكراهها على الدخول فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا التحريض أو الإكراه واقعاً في شأن طفل أو فتاة قاصر. وتظل دعارة المرأة عملاً محظوراً، ولو لم تحقق المرأة غرضها من الدعارة. ذلك أن مجرد انتقالها من مكان إلى آخر بقصد تسهيل دعارتها، هو ما تحظره القوانين الجنائية، ولو لم تخلط المرأة الرجال بالفعل دون تمييز، أو خالطتهم على هذا النحو بغير أجر.

ويعتبر المحرضون على الدعارة أو الذين يغوون المرأة بها أو يحملونها عليها، مسئولين جنائياً عن قطعهم.

(١) انظر المادة ٤ من كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

(٢) Dred Scott.v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

وعلى من يألون امرأة أجنبية، أن يقدموا إلى السلطة المختصة بياناً باسمها وجنسيته ووقت إيوائها، وغير ذلك مما يكون ضرورياً لتمكين الدولة من فرض سلطتها في مجال حظر التعامل في الأشخاص، واستغلالهم في الدعارة، بما يحط من كرامتهم. وشأن دعارة المرأة شأن دعارة الأطفال. بل إن دعارة الأطفال وقصور الرجال أسوأ بالنظر إلى إخلالهما الجسيم بالحياة العام، وتمردهما على كافة القيم الخلقية<sup>(١)</sup>.

#### د- حظر السخرة

٧٤٥- وشأن السخرة، شأن الرق في حظرها جنائياً، وامتناع فرضها بقانون. ذلك لأن الأصل في العمل أن يكون اختياراً حراً، فلا يدخل فيه أحد قسراً؛ ما لم يكن ذلك تنفيذاً لعقوبة محكوم بها، أو عملاً طارئاً لمواجهة ضرورة عاجلة لها من حدثها وعظم المخاطر التي تقارنها، ما يقتضي تكثف الجهود للعمل على دفعها، على أن تكون هذه الأوضاع الطارئة موقوتة بطبيعتها؛ داهمة بالنظر إلى خطورتها، كدفع غائلة فيضان.

وصار منافياً للدمستور تسخير الناس في أعمال لا يقبلون بها، ولو كان ذلك مقابل أجر. ذلك أن السخرة شبيهة في مضمونها وأثارها - بحقوق الارتفاق التي يقتضيها المتمتعون بها من المتحملين بعينها، وكأنهم عقار مرتفق به.

ولا يجوز بالتالي فرض العمل جبراً، على مريض مودع في منشأة صحية للأمراض العقلية، إذا لم يكن لنوع العمل الذي يؤنيه، صلة بعلاجه من عامة العقل التي أصيب بها.

ولكن يجوز فرض الخدمة العسكرية الإلزامية على من تتوافر فيه شروطها. كما يجوز إيدال هذه الخدمة بالنسبة إلى الأشخاص الذين يرفضون على ضوء عقائدهم، القيام بأعمال قتالية Conscientious objectors، بخدمة مدنية، فلا يعزرون بامتناعهم عن أدائها.

وللدولة أن تحمل المدنيين بالنفقة - إذا ماطلوا في أدائها بدون حق - على دفعها، ولو من خلال تكليفهم بأعمال تعينها بقصد إرهاقهم لضمان إيفائها.

ويعتبر حمل المعوزين على أداء الغرامة المحكوم عليهم بها من خلال عملهم في المسجون - بما يقابل مبلغها - شكلاً من أشكال السخرة التي يلفظها الدستور.

(١) Bassiouni, Substantive Criminal law, (1978) pp.293-294.

### هـ- حظر حمل السلاح فيما وراء حدود القانون

٧٤٦- والحق في حمل السلاح مقرر كذلك في نساتير بعض الدول بقصد تكوين ميليشيا منظمة بطريقة جيدة تكفل أمن الدولة الحرة، وتصور بها استقرارها، وبما لا يخل بتنظيم هذا الحق في حدود منطقية وملائمة. كأن تفرض الدولة رقابتها على تداول هذه الأسلحة وتوزيعها من خلال نظم تضبط حركتها، وتسجل صور التعامل فيها، وتقرر نوع الأسلحة التي تجوز حيازتها، وشروط استخدامها.

### و- لا يجوز التمييز بغير مبرر بين المسؤولين عن الجريمة

٧٤٧- ولئن كان الأصل في الجريمة، هو معاقبة كافة المتدخلين فيها فاعلين كانوا أم شركاء، إلا أن المشرع قد يفرض عقوبتها علي واحد من المسؤولين عنها دون غيره. ولا يعتبر هذا التمييز مخالفا للدستور إذا كان مبرراً.

٧٤٨- وعلي ضوء هذه القاعدة، يجوز في جريمة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة القاصر، أن يقصر المشرع عقوبتها علي الرجل وحده، ولو كان قاصراً كذلك وقت ارتكابه لهذه الجريمة؛ وكان قد اتصل جنسياً بها بعد إغوائها إياه<sup>(١)</sup>.

ذلك أن التمييز بين الرجل والمرأة علي أساس الجنس، وإن اعتبر أصلاً موافقاً للدستور من خلال علاقة منطقية معقولة واضحة بين أسس هذا التمييز والمصلحة التي يستهدفها المشرع؛ وكان يتعين بالتالي لحمل هذا التمييز، أن يرتبط بعلاقة جوهرية لها صلتها الوثقى بالأغراض الهامة التي يتوخاها<sup>(٢)</sup>. فلا يمايز المشرع بينهما وفق أسس تقوم علي التعميم، ولا سند لها من الفوارق الطبيعية لكل منهما؛ وكان التمييز في جريمة الاتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة القاصر علي أساس الجنس، مردد أن المرأة القاصر هي ضحيته، والرجل هو مرتكبها. وهو بعد تمييز تؤيده مصلحة ظاهرة يستهدفها المشرع، وتظاهره ليس فقط التقاليد الاجتماعية، ولكن كذلك الحقيقة الفسيولوجية التي لا نزاع فيها، والتي تتمثل في أن المرأة وحدها هي التي تعاني آثار هذه الجريمة. فهي التي تتحمل في مقبل عمرها، التكلفة النفسية لحملها غير المشروع. وقد تولجه ضرورة الإجهاض ومخاطره. وهي وحدها التي تنوء بمسئولية تربية طفلها. وقد يلقي في عرض الطريق بالأطفال غير الشرعيين الناجمين عن هذا الحمل.

(١) Michael M.v.Superior Court, 450 U.S. 464 (1981).

(٢) Stanton v.Stanton, 421 U.S. 7 (1975); Reed v.Reed, 404 U.S. 71 (1971).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى التمييز القائم على الجنس، لا باعتبار أن الشبهة كامنة فيه، وإنما ينبغي للتركيز في مجال تقدير دستورية هذا التمييز، على الحد الأدنى للعلاقة المنطقية بين التقسيم الذي لقي به المشرع من ناحية، والنتائج التي رتبها المشرع على ذلك التقسيم من ناحية أخرى. وإذا اقتصرت المشرع الرجل وحده بالعقوبة التي فرضها على الاتصال الجنسي غير المشروع بالمرأة القاصر، فقد دل بذلك على توجيهه إلى إثراء الرجل عن إثبات هذه الجريمة، حتى يقي المرأة القاصر مخاطر الحمل غير المشروع.

وهي مخاطر تتحملها وحدها دون غيرها، ويزيد من وطأتها تقاوم ظاهرة الحمل غير المشروع -بطريقة مأساوية- خلال العقدين الأخيرين، مخلفة وراءها آثاراً خطيرة لكل من المرأة وولدها، وللدولة التي تقيم فيها كذلك. ذلك أن عدداً كبيراً من اللاتي حملن سفاحاً، أجهضن أنفسهن. والأولاد غير الشرعيين الذين نجموا عن هذا الحمل، مرشحون في الأعم لتعليم الدولة بما يزيد من أعبائها. والمرأة وحدها هي التي تتحمل وحدها النتائج العميقة التي يسفر عنها الاتصال الجنسي بها، سواء من الناحية الجسدية أو العاطفية أو النفسية. وهي تحمل في من تكون فيها هذه النتائج قاسية عليها بصورة واضحة. فإذا اختار المشرع معاقبة المساهم الذي يعاني أقل -بسبب كونه ذكراً- من نتائج سلوكه، فإن اختياره يكون مبرراً وواقعاً في نطاق سلطته التقديرية<sup>(١)</sup>.

وليس مجافياً للمنطق، أن يستبعد المشرع من نطاق التجريم، الأنثى القاصر التي أراد أن يحميها، والتي يمثل احتمال حملها من جراء هذا الاتصال، رادعاً كافياً لها. وهو رادع طبيعي لا يتوافر عند الرجل.

وتقرير جزاء جنائي على الرجل وحده، هو الذي يتحقق فيه بشكل عام التعادل في مجال الردع بين الجنسين. ولا حاجة فيما يراه الطاعن من أن النص المطعون فيه، كان ينبغي توسيعه ليشمل كلا من الرجل والمرأة كشرط لدستوريته. ذلك أن تشريعاً محايداً يكفل مساواة الرجل والمرأة في مجال الاتهام الجنائي عن الواقعة الإجرامية ذاتها -وهي واقعة الاتصال غير المشروع بالمرأة- أن يحقق الأغراض التي ابتغاها المشرع من التجريم. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تعميم الجزاء الجنائي ليشمل طرفي الاتصال، سيدفع المرأة حتماً لعدم الإبلاغ عن جريمة الاتصال الجنسي بها. ولن يكون هذا التعميم بالتالي على ذات الدرجة من الفعالية التي بلغها النص المطعون فيه.

(١) Arlington v. Metropolitan Housing, 429 U.S. 252, (1977).

ثانيهما: أن الرقابة القضائية على الدستورية لا يعنيها أن يكون النص المطعون فيه أكثر كمالاً، ولكنها تركز على حقيقة قانونية، هي ما إذا كان هذا النص -في الصيغة التي أفرغ فيها- قد لترم القيود التي نص عليها الدستور<sup>(١)</sup>. فضلاً عن أن تشريعاً محايداً في هذا الاتجاه، لن يحقق المصلحة التي كان يبتغيها المشرع من تنفيذه. بل إنه مما يناقض هذه المصلحة، إقرار نص تشريعي يبلغ من الاتساع درجة يصبح معها غير قابل للتنفيذ.

والقول بأن النص المطعون فيه، قد جاوز إطاره المنطقي بما توخاه من تجريم الاتصال الجنسي بالمرأة، ولو لم تصل إلى مرحلة البلوغ الطبيعي التي تكون معها قادرة على الحمل، مردود بأن الأثني صغيرة السن تتعرض لمخاطر جسدية من جراء هذا الاتصال.

وليس من المقبول كذلك استبعاد الأثني الصغيرة التي لا تحمل، والتي تم اغتصابها من مجال تطبيق القانون المطعون فيه، وقصر العقوبة التي فرضها على الأثني الأكبر سناً منها.

ولا وجه فيما يردده الطاعن من أن القانون المطعون فيه يفترض إغواء الرجل للمرأة القاصر ثم اغتصابها. إذ لا يقوم هذا القانون -بوجه عام- على هذا الافتراض. ولكنه يعكس محاولته منع حمل الأثني المراهقة عن طريق رادع إضافي يوجهه إلى الرجل كي يردعه عن الاتصال الجنسي معها. وهو اتصال لابد أن يؤدي الثمرة التي حرص المشرع على تجنبها ممثلة في الحمل، وبمراعاة أن الرجال جميعهم للبالغين طبيعة، يستوون في القدرة على إخصابها.

ومن ثم لا يقيم القانون المطعون فيه تمييزاً أهوج متسماً بالرعونة ضد المرأة. بل نقيص ذلك هو ما توخاه هذا القانون من خلال أعباء يفرضها على الرجل، ولا يلقيها على المرأة أو تقاسمه هي فيها<sup>(٢)</sup>. ليعكس هذا القانون حقيقة أن آثار الاتصال الجنسي الذي جرّمه، تنوء المرأة بأثقالها أكثر من الرجل.

### ٣. الضابط العام في دستورية القوانين الجنائية

٧٤٩- وعلى ضوء العرض المتقدم، تتحدد دستورية القوانين الجنائية من جهة مضمونها وصور الجزاء التي تقررناها بمراعاة ما يأتي:

(١) Kahn v. Shevin, 416 U.S. 356 (1974).

(٢) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 690 (1973).

أولاً: أن الضرورة الاجتماعية هي التي تلهمها مادتها. فلا يؤيد الدستور قوانين جنائية تنافض هذه الضرورة أو تخل بها.

ثانياً: أن ما يتحقق في مجال القانون الجنائي من تطور، يعطي أهمية كبيرة للقيم الخلقية التي لا يجوز لهذا القانون أن يخض بصره عنها بقدر اتصالها بمصالح أساسية للجماعة لها اعتبارها. كذلك فإن ما تحقق من الناحية التاريخية سواء في مجال مفاهيم الأفعال التي تكون مادة الجريمة أو القصد الجنائي المقارن لها، أو الأعذار للقانونية التي تلبسها، لا يعدو أن يكون تطويراً لوسائل غايتها تحقيق نوع من التوازن بين الأغراض التي تتوخاها القوانين الجنائية من ناحية؛ وبين وجهات النظر المتغيرة في شأن طبيعة الإنسان من النواحي الدينية والخلقية والفلسفية والطبية. وهي توازن يجريه المشرع ويدخل في نطاق سلطته التقديرية، كلما كان تدخله لإجراء هذا التوازن منطقياً.

ثالثاً: أن القصد الجنائي، يبلور أكثر العناصر تعقيداً في المجال الجنائي، باعتباره متصلاً بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختاراً على إتيان الفعل الموثم قانوناً. وكانت تلك الحالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي يتعين تمييزها عن العوامل الموضوعية التي تعكس مادية الفعل أو الأفعال التي ارتكبها، والتي يكون الرجوع إليها وتقييمها كاشفاً عادة عما عناه منها، وقصد إليه من وراء مقارفتها. ومن المفترض أن الجاني إذ أراد إتيان فعل أو أفعال بذواتها، فقد قصد إلى نتيجتها؛ ومن ثم يكون توافر هذا القصد - فيما أتاه الجاني من أفعال - هو القاعدة العامة، وليس الاستثناء منها.

وهو استثناء لا يقوم بالضرورة، ولا يتصور عقلاً، إذا كانت إرادة الجاني تبلور انصرافها إلى إتيان أفعال محددة، بغرض إحداث نتيجة إجرامية بعينها.

وإنما ينحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة، تقوم الجريمة غير العمدية على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنائها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالفها سوء التقدير، أو يفتقر عنها الاحتراس والتبصر، أو تنمض عن رعونة لا حذر فيها.

ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، محدداً ضابطها العام بما كان ينبغي أن يكون سلوكاً لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط (Ordinary reasonable person's standard of care). لتمثل الجريمة غير العمدية انحرافاً ظاهراً عن ذلك المقياس، يتحدد بقدرة، نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائراً أصلاً -ربوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها.

فكلما أرادها الجاني وقصد إليها، موجهاً جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية. ويتعين أن يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها، وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسؤولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها.

ذلك أن مسؤوليته الجنائية عن هذا الخطأ، مسؤولية شخصية لا تقوم إلا بتوافر أركانها Pas de peine sans culpabilité. وهي بعد مسؤولية يحققها القاضي، ويستمد عناصرها من عيون الأوراق، ليكون ثبوتها يقينياً -لا ظنياً- ضماناً لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، وتوكيداً لامتناع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة التي لا يترخص أحد في التحلل منها.

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية لا تقوم إلا على الخطأ؛ وأن صوره على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل في تحرفاتها عما يد وفقاً للقانون الجنائي، سلوكاً معقولاً للشخص المعتاد؛ وأن هذه الصور على تعددها، تتباين فيما بينها سواء في نوع المخاطر التي تقارنها، أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثماً في تقديره، مع بيان عناصره التي لا يجوز افتراضها، وإنما يتعين تعيينها قطعاً لكل جدل حول ماهيتها، توكيداً لالتباسها بغيرها، وتعييناً جلياً لما ينبغي على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال.

رابعاً: لأن صرح القول بأن المعلق التي ينظمها القانون الجنائي، في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه، محوراً الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية؛ إلا أن مادية الأفعال التي تكون الجريمة، هي التي تستخلص محكمة الموضوع منها توافر القصد الجنائي أو تخلفه. ذلك أنها تجبل بصرفها في الواقعة التي قام الاتهام عليها، لتحديد من خلال استقرارها لعناصرها، ما قصده الجاني من وراء ارتكابها. ومن

ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية. ولا يتصور بالتالى وفقاً لأحكام الدستور، أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى؛ ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

A persons' intent in any regard is to be inferred from his conduct and ordinarily can be proven only by circumstantial evidence. Regardless of whether intent is general or specific, intent is proven to the trier of facts by the conduct of the actor which represents an objective, tangible manifestation of behavior assumed to be reflection of his or her mental state.

خامساً: إذا كان الأصل فى الأفعال التى أتاها الجانى، أن تكون تعبيراً مادياً وخارجياً عن إرادة واعية لا تفصل عن النتائج التى أحدثتها، بل تتصل بها وتقصدها إليها، أو على الأقل أن يكون بالإمكان توقعها، فقد تعين على سلطة الاتهام أن تبرهن على كل واقعة ضرورية لقيام الجريمة المدعى ارتكابها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان مطلباً فيها. وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة التى افترضها الدستور فى كل فرد. وهى البراءة التى لا تقوم فى غيبتها ضوابط الشرعية الجنائية ومطلباتها فى مجال صون الحرية الشخصية وكفالتها<sup>(١)</sup>.

فضلاً عن أن أصل البراءة -وهو يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، وليس بنوع أو قدر العقوبة المقررة لها- مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل فلا يفترضها المشرع<sup>(٢)</sup>.

وكما قام الدليل على أن الجريمة محل الاتهام من الجرائم العمدية، فإن على المحكمة أن تتحقق فى إطار الأدلة التى تطرح عليها، من أن المتهم كان حين ارتكابها مدركاً حقيقياً بصورة يقينية -لا ظنية- متجهاً إلى تحقيق نيتها.

ذلك أن الجريمة العمدية تقتضى علماً من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نيتها غير التى قصد إلى إحداثها<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية" حلقة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٩-

ص ١٤٤ من الجزء رقم ٨ مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٢٨٦ وما

بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) الحكم السابق.



فإن لم تكن الجريمة عمدية، بل كان قوامها إهمال نوع من الرعاية التي تطلبها المشرع؛ فإن الخطأ يكون جوهرياً.

فإذا لم يبين المشرع هذا الخطأ -في محتواه وعناصره- كان للتجريم مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

سادساً: مما يناقض الدستور، أن يفترض المشرع توافر القصد الجنائي في جريمة عمدية، إذ يعتبر ذلك إخلالاً بالمهام التي تقوم عليها السلطة القضائية، وبالحدود التي فصل بها بين ولايتها، واختصاص السلطة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: يتعين في الجرائم العمدية، أن يكون القصد الجنائي للجاني، معاصراً سلوكه. *Concurrence of conduct and intent*. ذلك أن سلوكه وحده لا يقيم هذه الجريمة.

وإنما يشكلها عنصران متكاملان، يبلور كل منهما أصداء الآخر ويعكسها *A reflection and manifestation of the other*، لتتهض بهما معاً علاقة السببية بين الفعل ونتيجته.

ذلك أن الجريمة العمدية، لا تفرضها الصدفة *Coincidence*، ولا تقتضيها عوامل الحظ *Fortuitousness*.

ثامناً: لا يجوز افتراض القصد الجنائي من خلال قرينة قانونية تحكمية. ذلك أن هذا القصد إرادة داخلية تعتمل في نفس الجاني وتحيط بما أتاه من أفعال. وهذه الأفعال وحدها هي التي تشي -من خلال تحليلها- بما قصده الجاني حقيقة منها.

(١)، (2) القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفصل الخامس

#### القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها

##### المبحث الأول

##### شروط الإخطار في القوانين الجنائية

٧٥٠- تقيد القوانين الجنائية الحرية الشخصية بصورة خطيرة. ويتعين بالتالى أن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بمضمونها حتى لا تخفى عليهم حقيقتها.

ويعتبر هذا الإخطار شرطاً جوهرياً فى النظم الجنائية جميعها، وتردده كذلك قواعد القانون الدولى العام. ولا يتحقق هذا الإخطار بداهة فى جريمة لم يصدر بها قانون Nullum Crimen Sine Lege، ولا فى جريمة بغير عقوبة Nullum Crimen Sine Poena، ولا فى عقوبة فرضها المشرع بغير قانون Nulla Poena Sine Lege.

يبد أن وجوب شرط الإخطار يظهر على الأخص فى صورتين: تبلور أولاهما القوانين الجنائية التى طال إهمالها من خلال التخلّى عن تطبيقها فترة طويلة من الزمن؛ وثانيتهما القوانين الجنائية التى يشوبها الغموض، وذلك كله على التفصيل الآتى:

##### المطلب الأول

##### القوانين الجنائية التى طال زمن التخلّى عنها

##### The Concept of Desuetude

٧٥١- يفترض بعض النظم القانونية أن التخلّى عن تنفيذ بعض القوانين الجنائية لفترة طويلة من الزمن تتصل حلقاتها بغير انقطاع، هو إلغائه لها بصورة ضمنية.

فإذا عاد القائمون على العمل العام إلى تطبيقها، بعد أن وقر فى أذهان المخاطبين بها، زوالها، كان ذلك تنفيذاً انتقائياً لهذه القوانين يخل بشرطى الوسائل القانونية السليمة، والحماية القانونية المتكافئة. ذلك أن تطبيق تلك القوانين التى ضلّ إهمالها، مؤداه إخضاع فريق من المواطنين لأحكامها، وإعفاء آخرين من سطوتها، بما يخل بتساويهم أمام القانون، ولا يوفر إخطاراً كافياً بأن القوانين الجنائية النائمة أو الهامدة، لا تزال تظل برأسها، لتقبض بمخالبها على المخالفين لها.

بل إن إيقاف القوانين النائمة من غيوتها، أو إحيائها من جديد بعد همودها، يعدل فى أثره القوانين الجنائية التى يشوبها الغموض.

ذلك أن غموض هذه القوانين يخول القائمين على تطبيقها، تنفيذها بطريقة انتقائية. كذلك فإن إنفاذ القوانين الجنائية الخاملة، مؤداه أن هذه القوانين -رأياً كان قدر وضوحها في لغتها وطريقة صياغتها- لن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بنواهيها. ذلك أن إلقاءها في زوايا الإهمال والتجاهل، يناقض بعضها من جديد، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي يقوم تطبيقها على التحكم، كليهما يناقض شرط الإخطار الكافي بمضمونها، ويخل بالمعاملة القانونية المتكافئة التي لا تجيز التمييز بين مراكز قانونية تتحد عناصرها، من خلال يد شريرة تمارق ببناها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها

٧٥٢- تقتضى الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الإجرائية، أن تصاغ القوانين الجزائية على نحو يكون منبئاً عن حقيقتها ونطاق تطبيقها، وبما يوفر إخطاراً كافياً Fair Notice بأوامرها ونواهيها.

فلا يلحق أحد عن أفعال لم يجرمها المشرع؛ ولا عن أفعال أغفل تقرير عقوبتها التي لا ينفصل التجريم عنها؛ ولا أن يجهل المشرع بالأفعال التي أثمها، فلا يكون بيانها جلياً، ولا تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل متنبها خافياً. ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بطلو مداركهم، ولا يتصمون بانحدارها، وإنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسهم طريقاً إلى التخبط في شأن صحيح مضمونها وراميها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يجدد مقاصده منها بصورة ينحصر بها كل جدل حول حقيقتها، مما يفقد هذه النصوص وضوحها وقيمتها، وهما متطلبان فيها؛ ويجعل تطبيقها من قبل القائمين على تنفيذها عملاً انتقائياً، يندفعون فيه بأهوائهم ونزواتهم الشخصية، بما يبلور في النهاية خياراتهم التي يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون القوانين الجنائية غير شرار لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأيهم بها من نذير<sup>(٢)</sup>.

(١) يقول الدكتور شريف بسيوني في صفحة ٥٨ من مؤلفه في شأن القوانين الجنائية الموضوعية أن من الأفضل وضع قاعدة عامة في شأن القوانين الجنائية التي طُرز زمن التخلي عنها، حاصلها أن تعتبر هذه القوانين ملغاة ما لم يتدخل المشرع ليعيد إقرارها من جديد.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧-ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

يؤيد ذلك أن القوانين الجنائية تتال من الحرية الشخصية بطريق مباشر أو غير مباشر، بالنظر إلى القيود التي تفرضها عليها. وهي قيود خطيرة في مداها. وقد تصل إلى حد إرهاب أو إزهاق الحق في الحياة. ويتعين بالتالي -لضمان هذه الحرية وإرساء أبعادها التي تملئها طبيعتها- أن تكون درجة اليقين في القوانين الجزائية أظهر منها في غيرها من القوانين، فإذا لم تتوافر فيها خاصية اليقين هذه، شابهها التجهيل وفي ذلك إطماس لحقيقة الأفعال التي قام التجريم على أساسها.

٧٥٣- وسواء اتصل هذا التجهيل بأحد عناصر الأفعال التي أنشأها المشرع أو بمكوناتها جميعا أو بتعيين مكان وقوعها إذا كان حدوثها في مكان معين، شرط لتجريمها، فإن محتواها أو مكان وقوعها يظل مشوبا بالغموض، بما يناقض الشرعية الجنائية التي تقتض مقاييس صارمة في مجال ضبطها حتى لا تنداح معانيها أو تنفرط. وتعين بالتالي أن تستلهم هذه القوانين الحقائق التي تصاغ على ضوءها، والتي تتمثل عليها فيما يأتي:

أولاً: أن للقيود على الحرية للشخصية لا تعتبر أصلا فيها. وكلما كانت القوانين الجنائية مصدرا لهذه القيود، فإن المخاطر التي تتهدد بها الحرية الشخصية قد تصل في مستوياتها إلى حد اقتلاع هذه الحرية من منابتها.

ويتعين بالتالي أن تكون هذه القيود جلية في مضمونها، لأنها تحدد نواها علينا أن نتجنبها، وأفعالا لا يجوز تركها. ذلك أن القيود الجنائية تتعلق بفعل أو بامتناع عن فعل. ويتعين بالتالي إيضاحها بأكبر قدر من التحديد.

ثانياً: أن غموض القوانين الجنائية، يحررها من الضوابط المحددة لطاقت تطبيقها. فلا يبصر القامون على تنفيذها مجال سريانها، ولا تظهر هذه القوانين عملا في الصورة التي أرادها المشرع منها بالنظر إلى فهمها على غير حقيقتها.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن غموض النصوص الجنائية، مؤداه ألا يبصر القضاة حقيقتها، وإما يطبقونها في صورة تختلط ألوانها وظلالها، فلا يكون هذا التطبيق قائما على قواعد صارمة معنيها، قاطعة دلالتها. ليظهر القضاة عملا وكأنهم يشرعون يختارون بأنفسهم لكل جريمة أركانها.

وفضلا عما تقدم، فإن لغموض النصوص الجنائية مخاطر لا يستهان بها، أهمها أن الذين أخطأوا فهمها من المخاطبين بها، قد يعدون عن مباشرة أفعال داخلتهم شبهة تأنيها، وإن أجازها القانون بمعناه العام. فلا يكون موقفهم من هذه النصوص غير تخطب في حقيقة

معانيها، بما يعطل الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، وأهمها ردع المخالفين لنواهيها وحملهم على النزول عليها.

ثالثاً: وإذا كان غموض النصوص الجنائية Vagueness. مؤداه للتجهيل بكنهها واضطرابها في تحديد حقيقة نواهيها؛ فإن تميمها Overbreadth يفيد اتساع عباراتها وفرطتها، واندياح دائرة تطبيقها، لاختلط ما هو مشروع من الأفعال، بما لا يجوز منها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين من ناحيتين:

أولاهما: أن اتساع النصوص العقابية في عباراتها، مؤداه تعدد تأويلاتها، وانجرافها لتأكل في طريقها حقوقاً كلها الدستور لأصحابها، كحرية التعبير والحق في التنقل.

ثانيتهما: أن اقتحامها -بالنظر إلى اتساع عباراتها وانفراط قوالبها- حقوقاً كلها الدستور، مؤداه أن تتدخل السلطة القضائية بنفسها، لتحدد بمعايير تصطفها، نطاق الدائرة التي تتصور أن المشرع قد قصد إلى تجريم الأفعال الواقعة في محيطها، لتحل إرادتها في التجريم محل إرادة السلطة التشريعية. فلا تنقرر الجريمة بقانون، ولا بناء على قانون. وإنما يكون التأثيم عملاً قضائياً، بما يهدم الحدود التي فصل الدستور بها بين ولاية كل من هاتين السلطتين.

رابعاً: وسواء تعلق الأمر بغموض النصوص العقابية أو باندياحها، فإن ثمة حقائق قانونية لا يجوز إغفالها، هي:

١. أن ما يصيبها من عوار غموضها أو تميمها، يتعين أن يكون عيباً كامناً فيها، ليرد في مصدره إليها، لا إلى طريقة تطبيقها أو كيفية فهمها.

ذلك أن النصوص الجنائية التي حدد المشرع نواهيها بصورة قاطعة؛ وبين معانيها بما لا يؤذن بتدخلها في منطقة أباحها الدستور والقانون، أو تشابكها معها، لا يجوز تعييبها سنوياً، ولو أخطأ المخابرون بها، أو القائمون على تطبيقها فهمها، أو أساءوا تأويلها.

٢. أن غموض النصوص العقابية أو تميمها، يجمعها انفلاتها عن الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية في انتقائها لأفعال بذواتها تقرر خطورتها على نظم الجماعة وقيمها.

٣. كذلك فإن خفاء معانيها أو اتساعها، مؤداه أن المخابرين بها لا يتلقون من السلطة التشريعية إخطاراً كافياً بحقيقة نواياها. في ذلك تهديد للحرية الشخصية التي يتعين أن تكون

القيود التي تفرضها القوانين الجنائية عليها؛ قاطعة مضامينها؛ جلية عباراتها بما لا يلبسها بغيرها<sup>(١)</sup>.

٤. أن تحديد الجرائم وعقوباتها، وإن كان مما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع في مجال تنظيم الحقوق؛ إلا أن هذه السلطة حددها قواعد الدستور، التي لا تجيز تقييد حقوق المواطنين أو حرياتهم إلا في حدود ضيقة تستلزم تخومها من الضرورة الاجتماعية التي تبلور للدائرة التي تعمل الحرية المنظمة في إطارها<sup>(٢)</sup>.

The essential purpose of a Constitution is to afford the maximum opportunity for individual freedom within a scheme of ordered liberties.

ذلك أن منطاد دستورية النصوص العقابية، هو إبانتهما عما هو جائز وعما يكون محظورا. وليس انطاماسها في معانيها، واختلاطها بغير الدائرة التي تعمل فيها، غير عدوان غير مباشر على الحرية الشخصية، يزيد دون مقتضى من نطاق القيود التي تفرض عليها.

يؤيد هذا النظر، أن النصوص العقابية التي تجهل بالأفعال موضوعها، أو التي ترددها إلى غير المجال المنطقي لتطبيقها، شأنها شأن النصوص الجنائية التي تطبق على أفعال لم تكن وقت ارتكابها، معاقبا عليها. ذلك أن مخاطر هذه النصوص في هاتين الحالتين، واحدة لأنها تأخذ المخاطبين بها بأفعال كانوا غير منذرين بعواقبها، بما يناقض مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها كأصل في النظم الجنائية جميعها.

خامساً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة، يفترض في النصوص الجنائية أن تكون صريحة في بيان الأفعال التي جرمتها حتى تخطر المخاطبين بها -بصورة كافية- بمظاهر سلوكهم التي يتعين عليهم تجنبها. ولا يجرز بالتالي أن تتخبط مفاهيمها بين الحل والتحريم، لينبهم على أوساط الناس لإدراكها، بما يجعلهم يختلفون في موقفهم من نطاق تطبيقها. إذ ليس من السياسة الجنائية في شيء، أن يتصيد المشرع أشخاصاً غير حذرين بطبيعتهم The unwary لا يستبصرون مخاطر غموض النصوص الجنائية أو تسيبها. ويقعون بالتالي في حبالها.

سادساً: أن الدساتير جميعها، تتوخى أن تكفل لمواطنيها، أكبر الفرص التي يباشرون من خلالها حرياتهم، في إطار من الحرية المنظمة<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٧- من

١٥٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes, 1974, P. 40.

(٣) Winters V. New York, 333 U.S. 507, 515-16 (1948).

ويتعين بالتالى أن تفرض الجهة القضائية أكثر صور رقابتها صرامة على القيود التى بوردها المشرع فى شأن حرياتهم هذه، ليس فقط من جهة مضمون هذه القيود أو محتواها؛ ولكن كذلك من ناحية درجة اليقين التى تطرحها، والتى لا يبدل عنها حتى يوفق المخاطبون بها سلوكهم معها.

سابعاً: أن العقوبة الجنائية -وبالنظر إلى طبيعتها- لم تكن عبر مراحل مختلفة من التاريخ، غير أداة للطغيان والاضطهاد، بوجهها المستبدون فيما وراء أغراضها الاجتماعية، لتعبر عن إرادتهم فى التملط على الآخرين، وعن مفاهيمهم فى التحرش بخصومهم والبطش بهم.

وظل الطغاة فى مواقعهم لا يريمون عنها، وازدادوا بها علواً حتى بعد اجتياحهم حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال العقوبة التى لونوها بأهوائهم.

بيد أن تطوراً عميقاً طرأ على المفاهيم القديمة لتحل محلها قيم مختلفة؛ أهمها الإيمان بأن للحياة قدسيته؛ وأن للحرية آفاقها وحرمانها التى لا يجوز أن تختل موازينها؛ وأن الطبيعة المدنية للحقوق الأساسية لكل فرد، لازمة التمكين منها والعمل على صونها؛ بما يحفظ للناس كرامتهم فى مواجهة سوء استعمال العقوبة، وتحويل أهدافها أو تشويهها.

وقد آل تراكم هذه القيم وتماسكها، إلى خلق أنماط جديدة للحياة تبنتها الأمم المتحضرة فى مظاهر سلوكها، وعلى الأخص من خلالها حزمها فى ضبط الأفعال التى تجرمها العقوبة بما يحكم معانيها فلا تنفرط؛ وبما يغلق نطاق تطبيقها على الدائرة المقصودة أصلاً منها؛ وعلى نحو يكفل إخطار الجناة المحتملين، بطبيعة هذه الأفعال ونتائجها فلا تتحدد قوالبها فى صورة جامدة، ولا تنمرد صيغها على حكم العقل؛ ولا تداخلها نزوة تحرفها عن مقاصدها.

ذلك أن التجهيل بالأفعال التى تؤمنها النصوص الجنائية، مؤداه ألا يتجنبها حتى الأسوياء الذين يلتزمون بحكم القانون، ولا يصون أوامره.

ولن يبصر القضاة والمحلفون كذلك حقيقة الجرائم التى يؤاخذ المشرع المتهمين بها. ومن المقصود بالتالى أن يضطربوا فى فهم أركان الجريمة التى منعمهم الدستور من مقاضاة المتهم عنها أكثر من مرة. Double Jeopardy

وفضلاً عما تقدم، فإن غموض النصوص الجنائية، مؤداه فهمها على أكثر من وجه. وفي ذلك إخلال بضوابط المحاكمة المنصفة التى لا يستقم تطبيقها بغير الوسائل القانونية

السليمة، وعلى ضوء القواعد القانونية عينها، وبما لا يخل بموازين العدل حتى فيما بين المتهمين أنفسهم.

ثامناً: أن جريمة احتقار لجان تقصى الحقائق التي يشكلها البرلمان، والتي يدان بها الأشخاص الذين يرفضون الإجابة على أسئلتها؛ تفترض أن يكون موضوع التحقيق واضحاً حتى لا يتخبط أوساط الناس في فهم محتواه؛ وحتى تتعلق به الأسئلة التي توجهها هذه اللجان إلى من تستدعيهم للشهادة أمامها.

ولا كذلك أن يكون موضوع التحقيق مستعصياً على التحديد الجلى المستقيم. إذ لا يتصور أن يدان بجريمة احتقار هذه اللجان، من يرفضون الإجابة على أسئلتها في شأن تحقيق تتناقض عناصره، أو يغم عليهم فهم المسائل التي يتناولها. كذلك لا تقوم جريمة احتقار هذه اللجان، ولو كان موضوع التحقيق جلياً، إذا كانت أسئلتها لا تتعلق به.

تاسعاً: وليس أشد خطراً على حقوق الأفراد من القوانين الجنائية التي شابها الغموض. ذلك أن التباسها عليهم يحملهم على التحوط من الوقوع في مخابها، والتخلي بالتالي عن كثير من حقوقهم وحررياتهم كحرية التعبير، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

لا يجوز أن تحرق النصوص العقابية - من خلال انتقاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها، حقاً كفلها الدستور، كالحق في التنقل؛ أو ضمنها القانون الدولي العام - كالحق في أن تباشر السفن الأجنبية حق المرور البريء The right of innocent passage في البحار الإقليمية؛ وحق المرور العابر The right of transit passage في المضائق الدولية؛ وحرية الملاحة البحرية في المناطق البحرية الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية<sup>(١)</sup>. ذلك أن التجهيل بالنصوص العقابية، يجعل القضاء مكلفين بتحديد معناها ونطاق تطبيقها، لتحل إرادة القضاء محل إرادة المشرع فيما لا شأن لهم به.

وفي ذلك خروج بالقوانين الجنائية عن حقيقة مهامها التي تنحصر في تحديد دائرة المخاطبين بها تحديداً قاطعاً لمنعهم من أفعال لا يجوز اجتماعياً التسامح فيها بالنظر إلى تعديها على حقوق وحرمان لا يجوز الإخلال بها؛ وإخلالها كذلك بالقيم التي ارتضتها الجماعة أسلوباً لحياتها، وتأكيداً لحقيقة أن القوانين الجنائية لا يجوز النظر إليها، باعتبارها

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قسائية "دستورية" - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ - الفاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٥٨

وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، وإنما توفر هذه القوانين لتلك الحرية مجالاتها الحيوية من خلال صور الجزاء التي تفرضها على من يتحتمون أيوبها. وفي ذلك ضمان لفعاليتها.

عاشراً: أن وضوح القوانين الجنائية؛ وإن كان مطلوباً لتقرير دستوريته، إلا أن هذا الوضوح يتعين أن يتوفر كذلك في غيرها من القوانين التي لها صفة للجزاء، ولو لم يكن جنائياً. ذلك أن جميعها ينبغي أن تحدد على وجه اليقين، نطاق الأفعال التي يفضى وقوعها، إلى الجزاء المنصوص عليه فيها<sup>(١)</sup>.

(١) Jordan v. De George 341 U.S. 223 (1951).

### الفصل السادس

### إجراءات ما قبل المحاكمة

#### المبحث الأول

#### تقييم عام لهذه الإجراءات

٧٥٤- تصاغ القوانين الجنائية الإجرائية لضمان الفصل في الاتهام الجنائي بطريقة منصفة إلى حد النظر إلى هذه القواعد -أحياناً- بوصفها قانوناً لحماية المتهمين.

وإن كان مضمونها في الدول الديموقراطية يغير نظيراتها في الدول الشمولية أو الديكتاتورية التي تعطي الأهمية الأكبر، والأولوية الأولى، لأوضاع مجتمعاتها، ولضرورة ضمان استقرارها وتحقيق مصالحها في القبض علي الجناة وإدانتهم.

وهي نظرة متقدمة. ذلك أن مكافحة الجريمة، وإن كان مطلباً للدول جميعها على تباين اتجاهاتها ومذاهبها، إلا أن سعيها لتحقيق هذا الغرض، توازنه حقائق العدل التي يتعين فرضها، وقيم الكرامة الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها.

وهو ما دعا الدول الأكثر حرصاً على هذه الحقائق، وتلك القيم، إلى جعل نظمها الجنائية اتهامية في طبيعتها، وليس مجرد نظم تقنيية تطارد المشبوهين وكأنهم الجناة.

وإلى قواعد القانون العام ترند جملة القواعد الإجرائية المقررة لمصلحة المتهم، ويندرج تحتها ألا يدان متهم بغير قرائن ظرفية متباعدة تؤكد ارتكابه للجريمة؛ وألا تزر الجريمة التي ارتكبتها وزرين، وأن يفترض تولف أصل البراءة فيه ما لم يكن قد أُدين عن الجريمة بحكم بات.

ولا يجوز بالتالي أن يدخل في زمرة المجرمين قبل صدور هذا الحكم؛ ولا أن يدان عن الجريمة التي اتهم بها بناء على مجرد الشبهة؛ ولا أن تكون القرائن الظرفية التي تحيط بالجريمة، منهفة أو يناقض بعضها البعض؛ ولا أن يعتبر مسئولاً عن الجريمة على ضوء واقعة يفيد منها، ولكن التباية لم تكشفها، بل أخفتها.

وهذه القواعد -وما هو على شاكلتها- علّتها أن الاتهام الجنائي يطرح خصومة بين طرفين غير متساويين هما النيابة بمواردها وسلطاتها التي تتركز فيها عناصر قوتها، والمتهم المائل أمامها، وهو دونها في الوسائل التي يملكها لدحض الاتهام.

إلا أن شرط الوسائل القانونية السليمة يوفر قدراً من التوازن في الحقوق بين الطرفين. ويتحقق هذا التوازن من خلال حد أدنى من الحقوق التي يكتفلها المستور لكل متهم، من بينها أن يكون محاميه إلى جانبه في مرحلة المحاكمة بكل أجزائها، وكذلك في المرحلة الحرجة التي تتقدمها؛ وألا يحمل على الشهادة بما لا يريد؛ وأن يواجه شهود النيابة بشهود من عنده؛ وأن يجرح شهودها ليثير شكلاً معقولاً ولمصدقينهم؛ وألا يفتاج بواقعة تعزز مركزه في نفي التهمة، ولكن النيابة أخفتها.

### المطلب الأول

#### أهمية الإجراء في المواد الجنائية بوجه عام

٧٥٥- وتدل التجربة على أن مجرد الاتهام بالجريمة قد يلحق بالمتهم أخطر الأضرار وأفعها. ذلك أن الاتهام بها، وإن كان مختلفاً عن الدليل على ارتكابها؛ إلا أن الجماهير في ثورتها من الإحرام، وغضبها وثورتها على الجناة، كثيراً ما تحيط المتهمين بألوان من المعاناة، وبأجواء من القهر يعايشونها دون ما جريرة، وكأنهم مذنبون بالاتهام Guilt by Accusation، ولو كان بغير دليل. وليس ذلك غير نكول عن العدل يسحق المتهم بغير دفاع من جانبه.

وقد يحبس المتهم احتياطاً حتى يحاكم ما لم يقدم كفالة للإفراج عنه. وقد يفقد عمله، أو يصد قرار بوقفه عن مباشرته. وقد يثار الغبار حول نزاهته، وتتغير علاقاته العائلية والعاطفية أو ترتد على أعقابها. وعلى الأخص إذا كان محترفاً لمهنة يقوم الاختيار فيها على حسن السمعة. فالبنوك لا يعينها غير طهارة العاملين فيها ونقاء سيرتهم. فإذا اتهم أحدهم بالاختلاس، فقد وظيفته بها بغير تردد. والاتهام في الصور المتقدمة جميعها، بقعة سوداء لا يزيلها المتهم إلا إذا بذل جهداً متواصلاً لرفعها. والحقوق الإجرائية الكاملة التي تكفلها الضمانات للمتهمين، هي وحدها الضمان لإتصافهم ولتحقيق العدالة في محاكمتهم.

ويفترض بالتالي في كل إجراء يتخذ قبله أن يكون مقررًا من أجل الوصول إلى الحقيقة، كإفلا موازين الاعتدال في غير أفعال، وبعيدا عن التحكم.

وعلى ضوء هذه الموازين لا يجوز أن ينتزع دليل قهراً؛ ولا قصر تطبيق الوسائل القانونية السليمة على المتهمين. ذلك أن مفاهيمها تحيط بالقضاء والمحلفين وبالمشرعين. على تقدير أن كل ضمان إجرائية، لها صلة وثيقة بحقائق العدل التي لا يجوز التفریط فيها. وهو ما تؤكد فراءة وثائق إعلان الحقوق التي تدل أحكامها على أن غالبيتها من طبيعة إجرائية.

بل إن الإجراء -كلما كان منصفاً- هو نقطة الفصل بين النزوة وإعمال حكم القانون.

والقواعد الإجرائية في تطبيقها المباشر، هي التي تكفل عدالة متكافئة يظلها القانون. Equal Justice Under Law. ومن ثم كانت العدالة الإجرائية، عنصراً رئيسياً في مفهوم الوسائل القانونية السليمة.

وإذا كان القضاء يترددون كثيراً في إبطال القوانين الجنائية الموضوعية بالنظر إلى تعلق محلها في كثير من الأحيان بالسياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع في كثير من الشئون التي يحيط أكثر من غيره بها، كتتظيم الاقتصاد؛ إلا أنهم ينغفون سريعاً لمواجهة كل خلل في القواعد الإجرائية التي فرضها<sup>(١)</sup>. بل إن ضمانهم للحرية الشخصية، يقتضيهم تطبيق هذه القواعد في مجموعها، فلا يؤخذ ببعض جوانبها. وإنما النظرة الكلية الشاملة لكافة مفرداتها، هي التي تعينهم على إدارة العدالة الجنائية وفق متطلباتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الناس بوجه عام يختلفون حول السياسة التشريعية الضريبية مثلاً، إلا أنهم يلتفون حول حقيقة لا نزاع فيها، حاصلها أن القواعد الإجرائية التي لا تحكم فيها، هي المدخل إلى إنصافهم والطريق إلى ضمان عدالة منصفة، في مواجهة سوء استعمال السلطة البوليسية التي لن يكبحها غير شرط الوسائل القانونية السليمة، وحيدة القضاء واستقلالهم.

والناس جميعهم يدركون مخاطر قرع الشرطة لأبوابهم في ظلمة الليل، واستجوابهم لهم بصورة مرهقة بما يحطم لإرادتهم، ومداومتها منازلهم بغير إذن تفتيش، وتقييدها لحريتهم الشخصية في أماكن الاحتجاز التي تودعهم فيها.

ويستهضون بالتالي من الدستور، كل الحقوق التي تكفل حسن معاملتهم. فلا يدانون بغيا، ولا تدار العدالة الجنائية علي نحو يؤذن بانحرافها عن غاياتها.

فالحقوق التي نكفلها السائير، مقررّة للناس جميعهم أشقيائهم وأبريائهم. والقواعد الإجرائية تظل أفضل الرجال وأسوأم. فالعدالة للناس جميعهم، وهم متساوون قبلها ليس فقط

<sup>(١)</sup> فالمشرع مثلاً قد يضع حداً أدنى للأجور لا يراه قديماً خطيراً على حرية التعاقد بناء على مصلحة عامة يقدرها. وقد ينظر إلى تصرفه كسياسة تشريعية حكيمة. ولا كذلك إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة لو في أن يعمل بشخصه في كل إجراءاتها.

<sup>(٢)</sup> وشبه بذلك ما هو مقرر في قضاء محكمة النقض من أنه إذ قام الحكم المطعون فيه على قرآن متساندة، ثم طهر قسداً بعضها أو إحداهما، فقد تبين نقض الحكم إذ لا يعرف ملغ الأكثر الذي كل الدلائل الباطل على تكوين عقيدة محكمة الموضوع.

لأنها أكثر ملائمة أو أكثر فاعلية، وإنما كذلك لأن كل مواطن في كنفها يحيا آمناً مطمئناً، ومتمتعاً بكل أوجه الحماية التي كفلها الدستور والمشرع.

### المطلب الثاني

#### أهمية الإجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة

٧٥٦- ولو أطلق رجال الشرطة أيديهم لقتال من كل حرمة، لصار للقانون هشيماً بفعلهم. وتلك مخاطر جسيمة لن يحتملها أحد. ولن يقوم بها مجتمعهم سوياً، لينهار عمداً. وليس ردع المجرمين هدفاً وحيداً للقانون الجنائي. ذلك أن صون كرامة الإنسان في إطار الحرية المنظمة، من أغراضه.

وتحيط الوسائل القانونية السليمة بتطبيق القانون الجنائي. وهي وسائل لها من مرونتها ما يكفل مواجهتها لصور مختلفة من العدوان على الحرية الشخصية. ولا تتحد بالتالي ضوابط تطبيقها. فالأحداث يختلفون في مستويات هذا للتطبيق عن البالغين. ومفهومها في المراحل السابقة على محاكمة المتهمين، غير أبداها بعد إدانتهم.

ولكنها تتطلب في كل صور تطبيقها أن يكون إنصافها من سماتها الرئيسية. ذلك أن طلبها وإن كان حقاً مطلقاً، إلا أن نطاق تطبيقها ليس موحداً. ولا يجوز بالتالي حبسها أو اعتقالها في مفاهيم جامدة. إذ هي في كل صورها نتاج العقل والحقائق التاريخية والسوابق القضائية؛ وحصاد نوع المصالح التي تواجهها؛ وتعدد البدائل التي كان يمكن إحلالها محل الإجراء المتخذ؛ ونقطة التوازن بين مزاياه والأضرار المترتبة عليه. وجميعها عوامل يبد القاضي النظر فيها ولو اتخذ الإجراء وقت التوتر أو الأزمة.

ذلك أن الحقوق الجوهرية التي نملكها في إطار الوسائل القانونية السليمة، لا يجوز إرجاؤها. ولا يعتبر حق الناس في الأمن، نافياً لطلبهم تحقيق الحرية وفرض متطلباتها.

والإصرار على الحرية ليس نقيض الأمن، ولا مؤدياً إلى هدم الأسس التي يقوم عليها قوة الأفراد في مجتمعهم أساسها حريتهم. ولا زال عنصر الإجراء في القاعدة القانونية أكثر أهمية من مضمون هذه القاعدة ذاتها. ذلك أن الإجراء ضمن للحرية.

والقوانين الجنائية في جوانبها الموضوعية -وأيما كان قدر سوتها- يجوز التعايش معها لو أحسن تطبيقها بصورة محايدة.

ولو خير الناس بين تطبيق قوانين منصفة بمفاهيم النظم الشمولية، وتطبيق قوانين سيئة بمفاهيم النظم الديمقراطية، لكان عنصر الإجراء نقطة التفاضل بين هذين النوعين من القوانين. ذلك أن الإجراء -كلما كان منطقياً- ينفض عن القوانين الشمولية معابها. فإذا كان الإجراء واقعاً في غير نطاق الوسائل القانونية السليمة، فإن القوانين التي يتصل بها الإجراء -رأياً كان قدر موضوعيتها- تنقد مزاياها. فلا يكون تطبيقها إلا موازياً في الأثر لتطبيق القوانين الشمولية بوسائل قمعية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة

٧٥٧- وفي النظم الفيدرالية، يثير سؤال هام وخطير حول القيود التي يجوز أن يفرضها شرط الوسائل القانونية السليمة، على الطريقة التي تدير بها كل ولاية محاكماتها الجنائية<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن كل ولاية -وفيما عدا الجرائم التي تنشئها السلطة الاتحادية- تختص بتحديد كل ما يعتبر جريمة في نطاق إقليمها، مقيدة في ذلك بالضوابط التي يفرضها الدستور عليها، ومن بينها عدم جواز إقرار قوانين جنائية رجعية الأثر؛ وعدم جواز معاقبة شخص بغير محاكمة؛ وعدم جواز حرمان أحد من الحق في الحرية أو الحياة أو الملكية بغير الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في ذاتها محصلة تاريخية *A historic product* ترتد في جذورها الأولى إلى الفصل ٣٩ من الماجنا كارتا *Magna Carta*<sup>(٣)</sup>.

(١) David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, pp. 3-24 (1976).

(٢) في قضية *Rochin, v. California* 342 U.S. 165 (1952) ضد ولاية كاليفورنيا كان بعض معاوني مفوض الشرطة بولس انجلوس، قد تلقوا بعض المعلومات التي تفيد بتجار رشويين في الموك المخررة، فنزحوا في صبيحة أول يوليو ١٩٤٩ إلى منزله، فوجدوا بابله الخارجي مفتوحاً فدخلوه. ثم اقتحموا باباً يؤدي إلى غرفة نومه التي أسفر نفضتها عن وجود كبسولتين عتي منصدة مجاورة لسرييره. رحين سئل عنهما، قام بالتلاعما، فغضب رجال الشرطة فوقه محاولين استخراجهما من فمه، إلا أن استعمال القوة من جانبهم لم يجد نفعاً بسبب المقاومة التي أبداهما، فاقنادهما إلى مستشفى حيث قام أحد الأطباء -ربناء علي. طلب شرطي- بإدخال محلول إلى معدته وضد إرادته، فاستقرغ ما فيها مختلطاً بالكبسولتين اللتين تبين فيما بعد، احتواءهما علي مادة المورفين. وقد اعتبرت المحكمة العليا للولايات المتحدة هذا الإجراء، تكبيراً فجاً منافياً للقيم الإنسانية ومصادماً للشعور العام.

(٣) في هذا الفصل وعد الملك جون بأن الرجل الحر لن يؤخذ أو سحر أو ينعى أو يدمر على أي نحو، ولا أن يتسلط عليه أحد، ما لم يكن ذلك بمقتضى حكم مشروع بصدر عن نظرائه *his peers* أو بمقتضى قانون الملك.

ومرد ذلك أن الوسائل القانونية السليمة تلزم مجموع الحقوق القائمة على القيم الخلقية، والتي تصل في عمقها إلى حد اعتبارها جزءاً من التقاليد التي تربط الدول بمجتمعاتها، والغائرة كذلك في وجدان شعوبها بما يجعلها من الأفكار التي تحدد ما يعتبر منصفاً Fair وخفاً Right وعدلاً (١).

وتفرض المحكمة الأعلى في للدولة الفيدرالية رقابتها على مسار المحاكمة، وكذلك في شأن القواعد الإجرائية التي تحيطها، والتي يعتبر الحكم بالإدانة خاتمتها، حتى تستوثق بنفسها من ضمان مفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة. ذلك أن شرط الوسائل القانونية ارتباط في كثير من تطبيقاته بكل ضمانات إجرائية تكفل حقوق المتهمين. وهي بعد ضمانات لا تستقل السلطة التشريعية ببيان حدودها، وإنما هي قيد عليها وعلى السلطتين التنفيذية والقضائية كذلك. ولكل الأشخاص حق في هذه الوسائل التي لا تقوم العدالة بدونها سوية على قدميها. وليس ثمة صياغة موثوق بها تتحدد على ضوئها معايير هذه العدالة، ولا ضوابط تطبقها، وإن تعين القول بأن هذا الشرط ضمانات إجرائية ضد سوء استعمال السلطة والتحكم. وهو كذلك ضمانات مركزية تعبر الدساتير عنها بصورة موجزة؛ وإن كان هدفها ضمان الحصانة الشخصية التي تقتضيها الحرية المنظمة (٢).

وغموض نصوص الدستور أو خفاء معانيها ليس بشيء يدعو إلى الأسى. فالكلمة رمز لشيء، وهو تفصح عن نفسها من خلال حاشية قد تكون تاريخية أو غير تاريخية، وعلى ضوئها يتحدد معناها.

ويعتبر شرط الوسائل القانونية السليمة من أكثر الشروط خفاء في مجال تحديد معناها، وأكثرها شمولاً على نطاق صور الحرية التي يكفلها. بيد أن غموض هذا الشرط لا يعني أن تبذع المحكمة من عندها مفاهيم تنسبها إليه، تعكس بها وجهة النظر الشخصية لقضااتها، وأن كان عليها أن تنظر لكل حالة على حدة، وأن تحدد لهذا الشرط معناه على ضوء ظروفها ومآ

(١) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937); Solesbee v. Balkcon, 339 U.S. 9 (1950).

(٢) من تطبيقات هذا الشرط أن القيد أو التفتيش غير المبرر، يخلو المضرور الحق في التعويض والحصول على غير ذلك من أشكال الترضية القضائية التي يكفلها الدستور أو المشرع.

Monroe v. pape, 365 U.S. 658 (1961).

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٧ من الدستور المصري من أن كل عدوان على الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى العمومية الناشئة عنها بالتقادم. فضلاً عن حق ضحايا هذه الجرائم في الحصول على تعويض من الدولة.

يحيط بها تقاليد، ووفق طبيعة المصلحة التي وقع الإخلال بها، وكيفية خرقها، والبدائل المتاحة عن الإجراء المتخذ، وحدود التوازن بين أضراره وفوائده<sup>(١)</sup>.

ولئن كان مفهوم ذلك الشرط غير محدد، وليس نهائياً، إلا أن القيود التي يفرضها ترتبط بالنظرة الشاملة للنهج القضائي في بلد معين، وكذلك بتطور القانون، وبدلالة الاقتضاء العقلي. ولا يجوز القول بالتالي بأن ذلك الشرط إحياء للقانون الطبيعي، ولا تجميده عند لحظة زمنية أو فكر محدد، وإلا أل أمر الرقابة القضائية على الدستورية إلى عملية آلية لا دور للقضاة فيها. على أن يكون مفهوماً أن شرط الوسائل القانونية السليمة *Procedural due process*، ليس مجرد ضمانة إجرائية ضد التحكم والتسلط، وإنما هو كذلك ضمانة موضوعية *Substantive due process* تواجه تحكم المشرع في مجال النصوص القانونية التي يقرها أو يصورها والتي يدخل بها بحق الأفراد في الحياة أو في الحرية أو في الملكية *Arbitrary legislation*.

وكلما أثر شرط الوسائل القانونية السليمة في خصومة جنائية، فإن تطبيقه عليها يقتضي تقييماً يستند إلى موضوعية التحقيق الذي تجربته المحكمة بروح علمية، وإلى عرض متوازن للحقائق التي تطرحها المحاكمة؛ وإلى تقدير متجرد للمصالح المتناحرة، وإلى ضرورة التوفيق بين متطلبات الاستقرار، وفرائض التغيير في جماعة بذاتها لها تقاليدها وقيمها وثوابتها.

ولا يتصور في الدول الفيدرالية، أن تكون لكل ولاية من وحداتها الإقليمية، مفاهيمها الخاصة في شأن الإطار العام للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام؛ ولا أن تحدد هذه الحقوق على نحو ينزل بها إلى مادن المستويات الموضوعية التي درج العمل في الدول الديمقراطية على احترامها؛ ولا أن تختل الضوابط الكلية للتجريم بين ولايتها المختلفة كأن تقرر إحداها أثراً رجعيّاً لقانون. ولا يجوز كذلك أن يقرر بطلان دليل في ولاية، ولن يقبل في غيرها<sup>(٢)</sup>، ولا أن تتسامح إحداها في قبض أو تفتيش يفترق إلى المعقولة *Unreasonable search or seizure* أو تسقط حق المضرورين من أخطاء القائمين على تنفيذ القانون في الحصول على تعويض لجبر الأضرار الناجمة عنها<sup>(٣)</sup>. فذلك كله مما يناقض الخطوط الرئيسية للعدالة الجنائية الإجرائية.

(١) Joint Anti fascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123 (1951).

(٢) Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388 (1971); Bell v. Hood, 327 U.S. 678 (1946).

(٣) Foote, Tort remedies for police violations of Individual rights, 39 MINN. L. Rev. 493 (1955)



ذلك أن شرط الوسائل القانونية السلمية، وإن كان مستعصياً على التحديد النهائي لمحتواه، إلا أن تحديده -في التصور الإجمالي- يستلزم مراعاة ضوابط ومعايير للسلوك لا تنتهي إلى قرار بالإدانة بناء على وسائل تهدد معنى العدالة ذاتها؛ كأن يقر شخص قهراً بجرime، ولو قام الدليل على أن إقراره مطابق للحقيقة الواقعة. ولا يجوز بأية حال إضفاء عباءة القانون على أعمال رجال الشرطة الوحشية وسلوكهم المصادم للوجدان، وإلا كان ذلك مدعاة لاحتقار القانون، وإهداراً للقيم التي يمثلها، وإنكاء للنزعة العدوانية في الجماعة، لتمسودها شريعة القوة.

وكما انتزع رجال الشرطة إقراراً بالجرime بوسائل تفوق التصور في عدوانيتها ووحشيتها، وعلى نحو يناقض الكرامة الإنسانية، كان تصرفهم إخلالاً جسيماً بشرط الوسائل القانونية السلمية، خاصة وأن الدستور يكفل الحماية للحقوق في جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية<sup>(١)</sup>.

(١) Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949); Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936); Stein v. New York, 346 U.S. 156 (1953); Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949).

وفي هذه القضية الأخيرة، عرل المشبوه بغير أن يعرض في طابور عرض لأيام عدة، وبغير أن ينه إلى حقوقه، ومع جسمه في زنزانة انفرادية، وبغير أن يتوافر له مكان للنوم سوى على الأرض، ومع أسئلة متتابعة توجه إليه يوميا فيما عدا يوم الأحد. ومع تقاوب رجال الشرطة في توجيههم لهذه الأسئلة ولتقررات تتراوح بين ثلاث ساعات وتمتع ساعات ونصف في اليوم الواحد.

### المبحث الثاني

#### مدخل عام للقبض والتفتيش<sup>(١)</sup>

٧٥٨- يناقض القبض والتفتيش بغير مسوغ، حق المواطنين في تأمين أشخاصهم ومساكنهم وأوراقهم وممتلكاتهم الشخصية من صور القبض والتفتيش غير المبررة<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز بالتالي أن يكون أحدهما أو كلاهما مدخلا لإهدار كرامة الإنسان أو لاحتحام خواص الحياة ودخائلها بطريقة يظلها التحكم، سواء كان القائم بالقبض أو التفتيش رجل شرطة أو غيره من القائمين على تنفيذ القانون.

وإذ كان من المقرر قانوناً أن للمنازل حرمة، وأن من يقرعون أبوابها من غير أهلها ويدخلونها دون إذن منهم، إنما ينتهكونها؛ وكان الأصل في حقوق الإنسان أنها تعبر عن أحوالها في كل العصور، فلا يتقيد إنفاذها بزمان معين، ولا بجبل دون آخر، ولا بطريق يكفلها دون طريق؛ وكان لهذه الحقوق من شمولها واتساع دائرة تطبيقها، ما يجعلها من شرائط الحياة الملزمة ومتطلباتها الأمنية؛ فقد تعين أن ينظر إليها بوصفها حقوقاً دائمة لا تبدل فيها، ولا قيد عليها يعطل الأغراض المقصودة منها، وأن ثمة توازن يتعين أن يتحقق بين إطلاق هذه الحقوق، وبين ضرورة فرض قيود منطقية عليها لا تحد دون مقتض من المجال الطبيعي لحركتها. ومن ثم جاز القبض والتفتيش كلما كان مبرراً بقرائن ظرفية لها أصلها في الأوراق، ولها من رجحان دلالتها، ما يعزز الاقتناع بجديتها.

والأصل في هذه القرائن ألا تصل في جزمها إلي حد التيقن من وقوع الجريمة، ومن نسبتها إلي شخص معين.

ذلك أن الإذن بالقبض أو التفتيش ليس دليل وقوع الجريمة، ولا هو تحديد لشكل أو درجة الاسهام في ارتكابها؛ وإنما هو إرصاص بها، وهو بذلك ليس دليلاً عليها، ولا قطعاً بالمسؤولين عنها، وأن تعين دوماً إن يصدر الإذن بناء على قرائن الأحوال التي لا تهبط إلي مجرد الشبهة التي ليس لها من ساق، ولو كان الإذن مصحوباً بيمين<sup>(٣)</sup>.

(١) كان ينظر دائماً في إنجلترا إلى حطر الإذن والتفتيش غير المبرر، على ضوء العبارة الشهيرة التي تقول إن بيت الرجل قلعة Every man's house is his castle وقد تحقق تطبيق هذا المدأ في قضية Symayn'e Case التي فصل فيها عام ١٦٠٣ والتي اعترفت بحق صاحب المسكن في الدفاع عن حرمة في مواجهة لفتحامه غير المشروع حتى من قبل رجال الملك.

(٢) تتحدد منطقية التفتيش على ضوء تامة الوقائع والطروب ذات الصلة.

United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950).

(٣) United States v. Ventresca, 380 U.S. 102 (1965); Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

وتعين بالتالى أن تقارن الإنن قرائن ظرفيه لها من رجحانها ما يبرر صدور Probable Cause وهو ما يقتضى من القائمين على تنفيذ القانون -وكما كان ذلك عمليا- الحصول على إذن بالقبض أو التفتيش قبل مباشرتهما.

وليس لازما دوما أن يصدر الإنن عن قاض، وإنما يكفي أن تصدره جهة لها من استقلالها، ومن انقطاع صلتها بالموضوع المعروض عليها Detachment، وزوال مصلحتها فيه، ما يكفل الاطمئنان لتجرد تنذيرها بوقوع جريمة ما، وبالمسؤولين عنها، من النوازع الشخصية التي تميل بميزان الحق عن حوده<sup>(١)</sup>.

وإذا قيل بأن بطلان القبض أو التفتيش غير المأذون بهما بالمخالفة للمستور، كثيرا ما يحبط جهود رجال الشرطة في مطاردة الجناة وتعقبهم، ويبطل أعمالهم بناء على دفع يطرحها المتهمون، وتقوم على أدق التفاصيل والحيل القانونية التي لا يقطن إليها غير رجال القانون الأكثر خبرة، الذين يدركون قواعد القانون المعقدة، وينفذون من ثغراتها التي يبطلون بها كل دليل تأتي من قبض أو تفتيش تم بالمخالفة للقانون أو الدستور؛ إلا أن حل هذه الصعوبة لا يتحقق بإطلاق العنان لسلطة القائمين على تنفيذ القانون، وإنما من خلال تقرير ضوابط معقولة لها لا يكون فهمها عسيرا، ولا تحيط بهم لتكبل أقدامهم.

ويتحقق هذا التوازن من خلال الاستثناء من شرط الإنن فى القبض والتفتيش فى أحوال خاصة يندرج تحتها أن بعض الظروف الملجئة Exigent circumstances قد تبرر إجراءهما بغير إذن. كأن تكون المنطقة التى يتم فيها التفتيش العارض على القبض Incident to arrest واقعة فى سيطرة المقبوض عليه؛ وكذلك إذا توافر للقائمين على تنفيذ القانون مبرر معقول للاعتقاد بأن هاربا يقم فى منزل، وأن وجوده فيه يهدد حياة آخرين<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الأول

#### استبعاد كل دليل يأتى من مصدر غير مشروع

٧٥٩- وأظهر العمل كذلك فى بعض الدول الفيدرالية، أن الموظفين التندريين كثيرا ما يختلقون أدلة بالمخالفة للمستور؛ وقد يدورون حول الدستور بإرسالهم الأدلة غير المقبولة أمام المحاكم الاتحادية، إلى النيابة العامة المحلية فى الولاية لاستخدامها ضد المتهمين الذين تتعلق

(١) Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).

(٢) New York V. Burger, 282 U.S. 691 (1987); Illinois v. Rodriguez, 294 U.S. 177 (1990); Maryland V. Buie, 494 U.S. 325 (1990).

هذه الأدلة بهم، وكأنهم يقدمونها للسلطة المحلية علي طبق من الفضة<sup>(١)</sup>. وفاتهم أن استعمال الأدلة الملوثة أمام القضاء، ليس سياسية قضائية سيئة يجوز أن يشرع الكونجرس علي خلائها، وإنما يدين الدستور استخدام هذه الأدلة، فلا يجوز قبولها. خاصة على ضوء ما لوحظ من أن وسائل المراقبة على رجال الشرطة لحملهم على الخضوع للقانون، لم تنتهم عن مخالفته. وصار ثابتاً أن قاعدة استبعاد الدليل الباطل، يتعين أن تكون نهجاً بحكم العمل في المحاكم الفيدرالية والمحلية علي سواء؛ وأن ضمانات الإنز المبرر التي يحيط بها الدستور القبض والتفتيش، يتعين الإصرار عليها بما يكفل تطبيقها في كل الفروض التي تسعى، ولو أُل هذا التطبيق إلي إطلاق سراح بعض المجرمين الضالعين في الجريمة. ذلك أنهم يفلتون بحكم القانون من عقابهم عنها.

وليس أسرع في هدم للنظم القانونية من الإعراض عن تطبيقها من خلال أفعال تأتيها الدولة، وتتلفض بها شرعية وجودها، خاصة وأن الجريمة بالضرورة مرض معد، وأن السلطة التي تنقض بيدها القوانين التي وضعتها بنفسها، إنما تحمل غيرها علي احتقار القانون وتنفهم إلي الحصول علي حقوقهم بأيديهم. ولا بديل عن هذا التحكم غير هدم كل دليل باطل إعمالاً لحكم الدستور، وليس كمجرد سياسة قضائية يجوز أن تشرع السلطة التشريعية علي خلائها.

يؤيد هذا النظر: أن الاعتماد علي دليل تأتي من تفتيش باطل، لا يقل سوءاً عن انتزاع أقوال تؤثم من يدلون بها قهراً. كلاهما يتحقق بالمخالفة للقانون حتى يتهيأ للجريمة الدليل عليها<sup>(٢)</sup>. فضلاً عن أن مداومة الناس لإدانتهم بها، مؤاده اختراق خواص حياتهم وحرمة منازلهم *The sanctity of a man's home and the privacies of life*

ذلك أن دخول المنازل بغير إذن أهلها، ودون ترخيص بدخولها يصدر عن السلطة المختصة بإصدار الإنز بتفتيشها، ليس مجرد قرع علي أبوابها، ولا هو مجرد فض للخزائن والصناديق والأدراج الموجودة بها وبعثرة لمحتوياتها. وإنما يخل إخلالاً جسيماً بحقوقهم في الأمن والاطمئنان، وكذلك بحريتهم الشخصية، وبملكيته الخاصة. وهي حقوق نظل قائمة لحسابهم ما لم يسقطها حكم قضائي يكون ثابتاً. ولا يجوز بالتالي تجريهم بناء علي تفتيش.

(١) *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

(٢) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

باطل ينتزع أوراقهم الخاصة، ويصادر أشياء يملكونها<sup>(١)</sup> فالتفتيش في هذه الصور جميعا يناهض ما يتوقعونه عقلا من أن تظل لمنازلهم حرمتها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالى استبعاد الدليل الناجم عن هذا التفتيش، ولو كان القائمون بالتفتيش الباطل، سيحصلون على ذلك الدليل لا محالة بالوسائل القانونية، أو كان لهم من حسن نيتهم، ما يرد عنهم شبهة الاندفاع إلى إجراء هذا التفتيش. وليس ثمة بديل عن إبطال الدليل في هذه الصور جميعها، ولو كان سببه فنيا. خاصة وأن استعمال الأشياء التى تم ضبطها من خلال التفتيش الباطل فى محاكمة جنائية، يضر بمركز المتهم بصورة خطيرة، وينطوى كذلك على عنوان على ملكيته، ولو كان ما حاق بها من ضرر تألفها So minute .

كذلك لا يعتبر حصول المضرور على تعويض مننى من جراء التفتيش الباطل، بديلا عن استبعاد دليل ناتى من هذا التفتيش. وهى قاعدة يتعين تطبيقها كذلك على كل دليل تأتى من إكراه<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن تقديم مثل هذا الدليل إلى القضاء، مؤداه استعماله ضد المكره ليكون مدخلا إلى تجريمه بالمخالفة لحظر تجريم الشخص لنفسه بنفسه.

ويعتد بكل دليل ناتى من تفتيش صحيح، ولو لم يكن لهذا الدليل صلة بالجريمة التى تعلق التفتيش بها، سواء فى أدواتها أو ثمارها<sup>(٤)</sup>. The fruits and instruments of the crime.

(١) Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).

ويتعين كذلك عدم كل دليل ناتى من قبض غير مشروع وكذلك كل ما اشتق عن هذا الدليل من قول أو اعتراف. ومن ثم يبطل كل اعتراف نجم عن احتجاز غير مشروع ما لم يثبت أن الصلة بين هذا الاحتجاز وذلك الاعتراف ضئيلة إلى حد يمكن معه القول بأن الاعتراف لم يتلوث بالاحتجاز وتسرى هذه القاعدة على بصمات الأصابع وغيرها من الأدلة المادية التى نجمت عن الاحتجاز غير المشروع، إذ يتعين قمعها.

David V. Mississippi, 394 U.S. 721 (1969)

(٢) Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

ويلاحظ أن محكمة النقض فى مصر تبطل الدليل المتلئى من مصدر غير مشروع إذا كان يفضى إلى الإدانة لا إلى البراءة.

(٣) يعتبر إجراء القبض أو التفتيش بطريق غير مشروع، مصدراً للحق فى الرجوع بالتعويض على الذين قاموا به. ولكل من هؤلاء أن يدفع دعوى التعويض بأنه كان يعتقد خطأ وبحسن نية أن ظروف القبض والتفتيش تقتضيه Exigent circumstances وأن لها من قوتها ما يرحح اتخاذ الإجراء.

Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635 (1987).

(٤) Mancusi V. De Forte, 392, U.S. 364 (1968).

### المطلب الثاني

#### شروط صحة التفتيش

٧٦٠- وليس أصون لحرمة خواص الحياة، من تفتيش يقيد الدستور بكثير من الضوابط التي يندرج تحتها أن يصدر عن جهة محايدة لها من ضماناتها ما يؤكد موضوعية تصرفاتها، ومن القرائن التي تعتمد عليها في إصدار إذن التفتيش، ما يرجح صحتها، ومن تعيين الأماكن التي يتم تفتيشها والأشخاص والأشياء التي يجوز ضبطها فيها، ما يكفل تخصيص هذا الإذن The specificity or particularity requirement، وتطبيقه في حدود ضيقة.

٧٦١- وانفراد هذه الجهة المحايدة التي لا صلة لها بموضوع الإذن، موداه أن غيرها لا يجوز أن يخل محلها فيه؛ وأن يبدها وحدها تقدير مبرر لإصداره؛ وأن تقدير القائمين على تنفيذ القانون، لقيمة القرائن التي جمعوها -ولو كان هذا التقدير صائباً- لا يقيدوها؛ وأن اختلال موازين التقدير في أيديهم بالنظر إلي مجموعهم في مطاردة الجناة وتعقبهم Zealousness، لا يقل سوءاً عن تطرق العوامل الشخصية إلي الجهة التي أولاهها المشرع اختصاص إصدار الإذن، كإسهامها السابق في أعمال التحقيق، أو في مرحلة الاتهام، بما يجعلها شريكا فيها، وبما يخل بحيديتها ويقيم صلة حقيقة بينها وبين موضوع الإذن الصادر عنها، ليبطل الإذن، مع كافة الأدلة التي تم التحصل عليها كأثر لتطبيقه. إذ يعامل التفتيش بمقتضى هذا الإذن كما لو تم بغير إذن أصلاً. The search stands in no firmer ground than if has been no warrant at all. ذلك أن ضمان الحرية في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر، يعتبر حقاً جوهرياً يجب ضمانه ضد كل اختراق، ولو صدر عن ولاية في تنظيم فيدرالى<sup>(١)</sup>.

٧٦٢- ولا يشترط لصحة الإذن، أن يصدر بناء على رؤية أو متابعة شخصية للواقعة التي أسس عليها. ذلك أن الشهادة السماعية تكفي لجوازه، إذا كان من أدلى بها موثقاً فيه، أو كان ظاهر الحال يؤيدها<sup>(٢)</sup>.

وكما قام الإذن على قرائن اطمأن إليها من أصدره، وحدد وجه معقوليتها، وأبان بصورة واضحة عن يشملهم من الأشخاص أو الأشياء أو الأماكن التي يراد ضبطها وتفتيشها؛ صار الإذن قاطعاً بمجال تطبيقه؛ وصحيحاً في القانون، وقابلًا للتنفيذ.

(١) Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Wolf v. Colorado 338 U.S. 25 (1949).

(٢) McGray v. Illinois, 386 U.S. 300 (1967).

ويبطل كل إذن يقوم علي واقعة افتراضها من تحراها، ولم يحققها أحد من القائمين علي تنفيذ القانون، أو علسي واقعة لفقها أو انتحلها<sup>(١)</sup>، أو علي واقعة كشفها شخص من أحاد الناس<sup>(٢)</sup>.

ويجوز بناء علي إذن صحيح، تفتيش الأماكن -أيما كان شاغلوها- إذا ثارت شبهة احتوائها علي دليل الجريمة أو أدواتها أو ثمارها *The proceeds or tools of the crime*، بشرط أن تكون هذه الشبهة قائمة علي أساس *(٣) Probable Cause*.

كما يجوز استعمال القوة لتنفيذ الإذن، ولو لم يخطر من تعلق به الإذن بصدوره. بل إن مثل هذا الأخطار يحرق جهود القائمين بتنفيذ القانون في مجال تحقيق الأغراض التي يستهدفونها، وعلي الأخص كلما كان بحوزة الأشخاص الذين صدر الإذن في شأنهم وثائق بها دليل الجريمة، إذ يعمدون إلي إخفائها لو علموا بتوجه رجال الشرطة لتفتيش الأماكن التي أودعوا فيها.

٧٦٣- ولا تنظر بعض المحاكم إلي إذن القبض بالطريقة ذاتها التي تتعامل بها مع إذن التفتيش. وكثيرا ما تغض بصرها عن قبض بغير إذن أجراه رجال السلطة في الجرائم المتلبس بها، أو في الجرائم التي يقوم حدوثها علي دليل معقول يبرر تصرفهم بشأنها<sup>(٤)</sup>.

بيد أن هذا الاتجاه مننقد. ذلك أن تقدير معقولية الإجراء في حالة القبض، لا يقل أهمية عن تقديره في حالة التفتيش. كلاهما تقدير لا يجوز أن يستقل به القائمون علي تنفيذ القانون، وإنما يتعين أن يصدر به إذن من الجهة التي خولها المشرع هذا الاختصاص<sup>(٥)</sup>. وأن يكون التفتيش، معاصرا للقبض.

٧٦٤- ويلاحظ أن قبض رجال الشرطة علي أشخاص وفقا للقانون، يخولهم الحق في تنقيشهم بغير إذن، وكذلك تفتيش الأماكن التي يوجدون بها أثناء القبض عليهم. ذلك أنهم قد

(١) *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978).

(٢) *Burdenau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد رجال الأعمال قام بعد فصله لأحد العاملين لديه، بفتح أدراجة وخزانته التي كان يحتفظ فيها ببعض الأوراق، وقدمها إلي السلطة التي كانت تتولي التحقيق في سلوكه، إلا أن المحكمة العليا قضت بأن الضمانة ضد القبض والتفتيش غير المبرر، لا تعمل إلا في مواجهة رجال السلطة.

(٣) *Zurcher v. The Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978).

(٤) انظر الرأي المخالف للقاضي بريان والقاضي مارشال في ص ٤٤٧ من قضية:

*United States v. Watson*; U.S. 411 (1976).

(٥) *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

يحملون أسلحة يهددونهم بها، وقد يعمدون إلى تدمير الأكلة التي في حوزتهم، أو يفرون من قبضتهم<sup>(١)</sup>.

والتفتيش في هذه الأحوال جميعا، عارض علي القبض Incident to the arrest. فلا يكون ضبط ما يوجد من الأشياء في الأماكن التي تم تفتيشها، غير نتيجة عرضية للقبض عليهم وفقا للقانون. ويتعين تفسير سلطة التفتيش هذه في أضيق الحدود. ذلك لأن التفتيش ما كان ليجوز لولا أن موقفا قائما عند إجراء القبض المشروع، حمل رجال الشرطة علي إجراء التفتيش. ويتعين أن تقدر هذه الضرورة بقدرها. فلا يجوز التفتيش بغير إذن إلا إذا كان اشتراطه في إطار الأوضاع القائمة وقت القبض، غير متصور عقلا أو عملا<sup>(٢)</sup>.

ويتوخي هذا القيد الأخير، ألا يلتم الاستثناء، قاعدة حظر التفتيش غير المأنون به. وهو قيد مؤداه ألا يتم تفتيش بغير إذن فيما خلا الأوضاع القاهرة Compelling Reasons. التي يقتضيها ظاهر الحال<sup>(٣)</sup>. Exigent circumstances requirement.

بيد أن ذلك القيد سرعان ما بدا عصيا علي التطبيق في غير الأحوال الاستثنائية النادرة. ومن ثم أبدل بقيد آخر مؤاده أن التفتيش المقارن للقبض المشروع، يكون جائزا كلما كان معقولا، علي أن تتحدد معقولية التفتيش غير المأنون به، علي ضوء كافة الأوضاع ذات الصلة التي تعاصره<sup>(٤)</sup>. The total atmosphere of the case.

ثم عدل عن هذا المعيار كذلك إلي آخر يجيز التفتيش المقارن للقبض المشروع، بشرط أن يكون نتيجة عرضية للقبض. وأن يقتصر علي الشخص الذي تعلق به إذن القبض، وألا يمتد إلي غير الأماكن المجاورة للقبض، والتي يدل ظاهر الحال علي سيطرة هذا الشخص عليها، وأن يوسعه الحصول منها علي الأسلحة التي يريدها، أو أن يدمر في نطاقها دليلا ضده. فإذا جاوز التفتيش حدود هذه الدائرة، صار إجراء غير معقول، وباطلا<sup>(٥)</sup>.

٧٦٥- ولأن الحق في خواص الحياة يرتبط بالأماكن والأشياء التي يملكها الشخص أو يحوزها لحسابه، مما جعل جواز تفتيشها مطلقا علي إذن بذلك، فقد جاز الإن بتفتيش وسائل النقل، وضبط الأشياء الموجودة فيها، إذا كان الأشخاص الذين يركبون هذه الوسائط لا

(١) Angello v. United States, 269 U.S. 20 (1926); Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927).

(٢) Trupiano v. United States, 334 U.S. 699 (1948).

(٣) McDonald v. United States, 335 U.S. 451 (1948).

(٤) United States, v. Robinowitz, 338 U.S. 56 (1950).

(٥) Chimel v. California 395 U.S. 752 (1969).



يملكونها، لا هي ولا الأشياء التي تم ضبطها فيها، وكان قد توافر مبرر معقول علي نقلها مواد محظورة، أو تم تهريبها، أو مباشرتها غير ذلك من أوجه النشاط غير المشروع<sup>(١)</sup>.

ذلك أن وسائل النقل هذه تصرع في انتقالها من مكان إلي آخر. ولن يكون صدور إذن في شأنها مجدياً إذا تم ضبطها فيما وراء النطاق المكاني لهذا الإذن، وقد يكون للدولة حق عليها بخولها مصادرة محتوياتها. إذ يجوز جرّها إلي مخفر الشرطة وتفتيشها. وحتى وسائل النقل الموجودة في مكان انتظارها، فإن قائدها قد يحركها فجأة إلي مكان آخر.

وقد تكون السيارة أداة جريمة قتل أو غيرها من الجرائم. فإذا قام مبرر معقول علي أنها كذلك، جاز أخذ جزء من طلائها الخارجي لتحليله، كلما تم ضبطها في مكان انتظار عام<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن يتعرض رجال الشرطة عشوائياً لوسائل النقل Random visits؛ ولا وقفها لتفتيشها دون قرائن راجحة Probable Cause؛ ولا الأخذ بالدليل الذي يتأتى من تفتيشها علي هذا النحو<sup>(٣)</sup>. فإذا توافر لديهم دليل ذو شأن، عن حيازتها أشياء منعهها المشروع من حملها، كالمواد المخدرة أو المهربة، جاز تفتيشها بصورة كاملة، كما لو كان يدهم إذن بالتفتيش، ليمتد هذا الإجراء إلي كل محتوياتها، وإلي طرودها التي يحتمل أن يكون الجناة قد أخفوها فيها<sup>(٤)</sup>.

٧٦٦- ويحول إذن التفتيش الدخول عنوة في الأماكن التي يعينها، وما بها من أشياء حدها، ومن يوجدون فيها من الأشخاص الذين وصفهم؛ إلا أن مراقبتهم في أحاديثهم التليفونية، ورصدها وتسجيلها، يخل بحقهم في الأمن، وفي ضمان حرمة خواص حياتهم ومساكنهم، وجميعها قيم حرص الدستور علي صونها خاصة إزاء تطور الوسائل العلمية التي تهدد الناس في حرمانهم، بالنظر إلي اختراقها من بعيد، ما حرص الناس في نطاق توقعهم المشروع، علي أن يظل خافياً عن الأعين والأذن. بل إن الوسائل العلمية الحديثة ترصد

(١) يجوز كذلك تفتيش الأماكن العامة والسجون وأماكن إيداع خردة السيارات والسجون بغير إذن. إذ يعتبر التفتيش في هذه الصورة تفتيشاً إجرائياً لأغراض تنظيمية تربو فيها مصلحة المجتمع علي مصلحة الفرد.

Illinois V. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

(٢) Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925), Husty v. United States, 282 U.S. 694 (1931); United States, v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948); Brinegar v. United States, 338 U.S. 160 (1949); Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959); Cooper v. California, 386 U.S. 58 (1967); Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

(٣) Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979); Almeida-Sanchez V. United States, 413 U.S. 266 (1973).

(٤) United States, v. Ross. 456 U.S. 798 (1982).

الناس حتى في همساتهم، وأخص دخالهم، وأعمق عواطفهم لتحيط بها داخل غرفهم المغلقة التي اطمأنوا إلى أن احتواءهم بجدرانها، عائق من انتهاكها.

حقاً إن كثيرين من القائمين على تنفيذ القانون، يحثهم فرض أحكامه على الناس جميعهم بلا تمييز، إلا أن أداءهم لواجبهم مقيد بالدستور والقانون. وليس لهم بالتالي حق في الانزلاق إلى جريمة تنصتتهم -بغير إذن قضائي- على الناس في أحاديثهم، من أجل ضبط ما تظهره أحاديثهم تلك من الأوراق أو غيرها من الوثائق على الجرائم التي حرصوا على إخفائها. ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون -وأيما كان نبيل دوافعهم- يتعين أن تحكمهم القواعد ذاتها التي تحكم مواطنيهم. فضلاً عن أن الدولة التي يعملون لحسابها هي القدوة، وهي تعطي المثل لمواطنيها من خلال تصرفاتها التي يباشرها أعوانها. وتسامحها معهم يخزيهم بمخالفة القوانين التي وضعتها هي بنفسها<sup>(١)</sup>. ويحض الآخرين على اللجوء للقوة لفض نزاعاتهم. فلا يحتكم الناس لغير أيديهم في تنفيذ القانون.

ونبل أهدافهم في مطاردة الجناة المحتملين وتعقبهم، لا يجوز تحقيقها بوسائل مخالفة للدستور أو القانون.

وليس أسوأ من رصد الناس في كلماتهم التي يتبادلونها مع الغير، سواء من خلال خطباتهم أو برقياتهم أو أحاديثهم التليفونية، أو غير ذلك من وسائل اتصالاتهم.

ذلك أن كلماتهم هذه، هي رسائلهم التي يباشرون من خلالها حريتهم في التعبير عن آرائهم، ويبلورون بها طموحاتهم وخططهم. فإذا كانت رسائلهم دليل تدبيرهم لجريمة، فإن رصدها أو تفتيش منازلهم للعثور على أدواتها أو لمعرفة ثمارها، يكون مشروطاً بحصولهم على إذن بذلك، وإلا تعين استبعاد كل دليل تأتي من تنصتتهم على أحاديثهم أو تفتيش منازلهم، ولو تم الحصول على هذا الدليل بطريق غير مباشر<sup>(٢)</sup>.

وينظر بعض القضاة إخفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية Electronic Surveillance. داخل عقار باعتباره اقتحاماً مادياً Physical invasion لمبناه مخالفاً للدستور<sup>(٣)</sup> ويراه آخرون منظوياً على عدوان على حرمة الحياة الخاصة على تقدير أن القيود التي يفرضها الدستور على الضبط والتفتيش، تتعلق بالأشخاص لا بالأماكن<sup>(٤)</sup>.

(١) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

(٢) Nardone v. United States, 302 U.S. 179 (1937).

(٣) Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

(٤) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

ذلك أن العقار لا يجوز أن يعامل كالأشياء التي يعرضها الناس للكافة حتى في منازلهم، والتي يجوز لكل شخص أن يتصل بها بغير إذن قضائي. وإنما العقار هو الوظيفة التي خصص لها ورصد عليها. فإذا كان سكنا، تعين أن يطمئن الناس فيه إلى حرمتهم جميعها، فلا يجوز كشفها. وشرط ذلك أن يكون لديهم توقع معقول بخصوصيتها. فإذا كان توقعهم على هذا النحو، تعين صون حرمتهم هذه من تدخل السلطة بما يخل بها.

كذلك لا يجوز اختراق دوائهم التي يرمون إلى صونها، ولو كان التلصص عليها في مكان عام<sup>(١)</sup>. فإذا تم انتهاكها، تعين أن ترد إلى أصحابها، كافة المواد التي تم الحصول عليها من جراء أعمال المراقبة الإلكترونية غير المأذون بها<sup>(٢)</sup>.

فإذا صدر الإنذ، واقتضى تنفيذه دخول المبنى سرا<sup>٣</sup> لرصد ما يتم فيه، فليس بشرط أن يكون الإنذ قد خول القائمين على تنفيذه، هذا الحق صراحة، وإنما يكفي أن يكون قد رخص لهم بإجراء تلك المراقبة. فإن لم يصدر هذا الإنذ، تعين استبعاد الدليل الذي نجم عنها<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثالث

#### التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقافهم

٧٦٧- ويتميز التمييز بقدر كبير من الوضوح بين القبض على الأشخاص واستيقافهم Stopping. والتمييز كذلك بين التفتيش الشامل المحيط Full-blown search؛ والتفتيش المحدود ذو الطبيعة الوقائية Preventive search.

ذلك أن بعض الأشخاص قد يأتون أعمالا في أوضاع بذواتها، تجعل رجال الشرطة يرتابون فيهم. فلا تعتبر هذه الأعمال في ذاتها مثيرة للشبهة، وإنما هي الأوضاع التي تلابسها.

كذلك فإن هذه الأعمال في مجموعها -وليس كل عمل منفرد منها- هي التي تعطي الانطباع بأن شيئا ما وراءها. فالذين يزرعون للطريق جينة وذهابا، لا شيء في عملهم، ولكن

(١) وفلا يجوز أن تضع الدولة أجهزة إلكترونية على تليفون مخصص لاستعمال الجمهور بقصد التنصت على أحاديثهم.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968).

(٣) Ivano v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

ويلاحظ أن الحكومة فضلت في هذه القضية أن تسقط عددا من الاتهامات التي أسستها على الأكلة غير المشروعة التي جمعتها، بدلا من أن تكشف عن أساليب المراقبة غير المشروعة التي أجرتها.

اقتربهم من مخزن فى الطريق العام، والنظر إلى نوافذه، وتفتحه من كل نواحيه، يوحى بأنهم عازمون على سرقة، وأنهم يتحبنون فرصة يتسرون فيها هذا المخزن، أو يقتحمون نافذة فيه.

إذا استوقفهم رجل الشرطة، ووجه إليهم بعض الأسئلة للتحقق من نواياهم Patting down the outer surface of their clothes للتحقق مما إذا كانوا يحوزون أسلحة يمكن أن يهددوه أو المارة بها؛ فإن هذا التفتيش فى الطريق العام Am on-the- street Investigation لا يكون مخالفاً لا للدستور ولا للقانون، إذ هو إجراء فى شأن أشخاص قد يكونون حاملين للأسلحة؛ فضلاً عن الشبهة التى تحيط بهم بالنظر إلى تصرفاتهم.

ومن ثم يكون استيقافهم لمدة قصيرة، متوخياً تحقيق غرض محدود، هو الاستيثاق من هويتهم ونواياهم؛ ثم تفتيشهم توقياً لخطر إطلاقهم نيران الأسلحة التى يحملونها. وتلك جميعها مقاصد لرجال الشرطة لا نزاع فى مشروعيتها، لتعلقها بشبهة لها أساسها.

والتفتيش على هذا النحو محض استثناء من قاعدة عدم جوازه بغير إذن قضائى تصدره جهة محايدة لا صلة لها بموضوع الإذن المطروح عليها، وليس لها مصلحة فيه. وإنما تندر بنفسها، وعلى ضوء ما لديها من قرائن، معقولة الأمر بالقبض، وبالتفتيش المحدود، فى حالة بذاتها لها ظروفها الخاصة بها.

ووزنها لهذه المعقولة يقتضى أن يكون تقديرها موضوعياً قائماً على ما إذا كان الأمر بالقبض -فى حالة بذاتها محددة على ضوء ظروفها- يعتبر إجراء ملائماً من منظور شخص متبصر حذر.

وبدون ذلك يتحقق الإخلال بالحقوق التى كفلها الدستور للمواطن، وأهمها تأمين الحرية الشخصية من كافة العوائق التى لا منبر لها.

٧٦٨- وهذه الضوابط التى يتعين أن يتقيد بها القائمون على تنفيذ القانون فى مجال استيقافهم لبعض الأشخاص لشبهة تتصل بهم، ثم تفتيشهم من الخارج، مختلفه من كل الوجوه عن تلك التى تحيط بإصدار إذن القبض والتفتيش.

ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون فى الحالة الأولى، لا يواجهون عملاً إجرامياً تم تنفيذه، وإنما بعض الأعمال التى قد تقضى إلى الجريمة. ويتعين بالتالى توقيها بكل الوسائل، بما فى ذلك توجيه أسئلة إلى الذين يشتبهون فيهم -بعد استيقافهم- لمعرفة ما ينوون أو

يعتزمون. وهم بذلك يحققون فى الشبهة العالقة بهؤلاء الأشخاص تثبتاً من صحتها أو من انتفاؤها، ويدرون بذلك خطراً وشيكاً قد يتحقق، لو أنهم غصوا بصرهم عنهم، وتركوهم وما يفعلون.

ويتعين بالتالى التمييز بين تفتيش تم إثر قبض بالمعنى القانونى. وهو تفتيش كامل يعتبر المرحلة الأولى للاتهام الجنائى؛ ونقطة للبداية لاتخاذ تدابير لاحقة تقيد من حرية الشخص فى التنقل، سواء تبعثها محاكمة أو لم تتصل بها؛ وبين تفتيش محدود أقل نطاقاً بالضرورة من أن يكون تفتيشاً كاملاً، ويخدم مصلحة وقائية مختلفة فى طبيعتها عن المصلحة التى يتوخاها التفتيش اللاحق للقبض المأنون به.

والتفتيش الوقائى بذلك مختصر، ومحدود، ولا يتوخى غير التيقن من حقيقة الشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص. وهى شبهة لا يفترض أن ترقى إلى مرتبة الجزم بحقيقة نواياهم، ولا أن تقوم على أدلة قاطعة أو راجحة، ولا أن يكون التفتيش بسببها متوخياً العثور على أدلة جريمة يعلم رجل الشرطة بوقوعها.

ويتعين على ضوء ما تقدم، أن نقرر أن الأصل فى التفتيش أن يكون معاصراً أو لاحقاً لقبض مأنون به وفقاً للقانون. فإذا لم يصدر هذا الإنن، لم يجز إجراؤه فى شأن أشخاص بغير موافقتهم الحرة التى لا يداخلها ضغط أو إكراه<sup>(١)</sup>.

والشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص، هى التى يقوم بها ميرر الاستثناء من شرط الإنن. وهى وإن كانت تخول القاتمين على تنفيذ القانون توجيه أسئلة إليهم، إلا أنهم غير ملزمين بالرد عليها، ومن حقهم ألا يعيروها التفاتاً، وأن يمشوا فى طريقهم. فإذا أجابوا عن تلك الأسئلة برضايتهم، جاز أن تؤخذ هذه الإجابة عليهم<sup>(٢)</sup>.

ولا يعتبر امتناعهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليهم، دليل جرمهم. بيد أن الشبهة وحدها تعتبر كافية لاحتجاج من تتعلق به، على أن يكون هذا الاحتجاج بصفة مؤقتة، ولضمان مصلحة عموم المواطنين فى إجهاض جريمة التعامل فى المواد المخدرة أو غيرها من الجرائم الخطرة.

(١) لسو أن رجل الشرطة طلب من أحد الأشخاص فتح حقيبته، فإن ذلك لا يعتبر قبولاً منه بتفتيشها. ذلك أن خوفه من رجل الشرطة، قد يكون هو الذى دعاه إلى ذلك.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

٧٦٩- وثمة تحفظ هام في هذا الصدد، هو أن الشبهة التي تقوم في شأن بعض الأشخاص وتسوغ للتحقيق معهم من خلال أسئلة توجه إليهم، لا تقابل للجزم بانغماسهم في الجريمة، أو ترتيبهم للدخول فيها أو انعقاد عزمهم عليها. ولا يجوز بالتالي أن تقتزن بالتفتيش الكامل لأشخاصهم وممتلكاتهم وعرباتهم، ولا أن تصل الأسئلة في مستوياتها إلى حد استجوابهم في مكان جرثهم الشرطة إليه، وأصبحوا مودعين فيه، ولو كانت الأسئلة الموجهة إليهم لها طبيعة التحقيق<sup>(١)</sup>.

Reasonable suspicion of a crime is insufficient to justify custodial interrogation even though the interrogation is investigative.

وكما كان الاحتجاز بناء على اشتباه قائم على أساس، نعين أن يتم بأقل قدر من التدخل في حرية الأشخاص، وبما لا يجاوز المصلحة المقصودة من الاحتجاز، وألا يؤول إلى محاصرة المحتجزين بأوضاع تتآكل معها إرادتهم، ليبطل كل دليل تأتي من احتجاز غير مشروع، ولو قام على أقوال أدلى صاحبها بها، إذ هي ثمرة هذا الاحتجاز ونتيجته. ولا يجوز في أية حال أن يمتد الاحتجاز لغير الفترة القصيرة التي تزيل الشبهة أو تبقيها.

وقد يبدأ التحقيق مع بعض المشبوهين بموافقتهم، فإذا استطال وتساعد بغير إذن قضائي، شكل ذلك تأثيراً نفسياً سيئاً عليهم، ليتطرق الخلل إلى إجاباتهم، فلا يطمأن إليها قانوناً، ولا تصححها موافقتهم السابقة على بدء التحقيق معهم.

#### المطلب الرابع

##### الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش

٧٧٠- وكما يجوز التفتيش بإذن قضائي، أو بعمل من رجال الشرطة في مواجهة أشخاص يشتبهون فيهم ويستوفقونهم؛ فإن من صور التفتيش ما يكون إدارياً Administrative searches ومن طبيعة تنظيمية Regulatory searches وهذه يجوز إجراؤها بغير إذن، وبغير دلائل أو قرائن يقوم بها رجال وقوع جريمة.

ومن صور التفتيش التنظيمية في طبيعتها، ما يقام في الطرق السريعة من نقاط المرور Check points هدفها ضبط السائقين المخمورين من خلال إيقافهم وإبعادهم عن الطريق

(١) Florida v. Royer, 460 U.S. 491 (1983).

لفحص رخصتهم، ووثائق ملكية عرباتهم، وإجراء الفحوص الطبية عليهم للتحقق من أترانهم أو تعاطيهم الخمر<sup>(١)</sup>.

فإذا بان لرجل الشرطة أن قائد السيارة مخمور، أمر بالقبض عليه. ذلك أن السائقين المخمورين يعرضون للخطر أرواحاً كثيرة، ويتلفون أموالاً كبيرة من جراء تصادم عرباتهم بغيرها، وقتل أو جرح من فيها.

وقد تقام نقاط المرور هذه بقصد ضبط المهاجرين غير الشرعيين الذين يفتحون حدود الدولة. وفي غير هاتين الحالتين تكون نقاط التفتيش ظاهرة للعيان، ولا تثير فزع من يقودون سياراتهم في الطريق، لأنهم يدركون أن كل سيارة تعبر هذه النقاط، يجوز وقفها.

وقد يقوم بتفتيش المحال العامة والمباني، الموظفون الذين منحهم المشرع هذا الحق بقصد التحقق من توافر الشروط الصحية التي تطلبها القانون فيها، أو من استيفائها للشروط التي تفرضها قوانين المباني، كالحدد الأقصى لطولها ومئانيتها والتزامها خط التنظيم، أو لشروط الأمن الصناعي فيها كترتيبها بأجهزة إطفاء الحريق.

ومن ثم يكون نص القانون مصدر الحق في إجراء هذا التفتيش الذي يتعلق في الأعم بالتحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون في بعض المهن التي تتصل في مجملها بفرائض الرخاء العام Public welfare كمحال التعامل في المواد الغذائية والأسلحة والخمور والخردة. ذلك أن هذا التفتيش لا يتوخى الحصول على دليل جنائي، وإنما مجرد التحقق من توافر شروط في هذه المحال والمباني فرضها القانون على شاغلها، حتى يستقيم نشاطها وفقاً للقانون. وهي كذلك محال مفتوحة لكل من يطرقها، ولا يتوافر للقائمين عليها بالتالي حق في التوقع المشروع لخواص حياتهم<sup>(٢)</sup>.

ويفترض ذلك ألا يخرج القائمون بالتفتيش عن حدود واجباتهم، وأن يكون هدفهم مجرد التحقق من أوضاع تطلبها القانون في هذه المحال والمباني. فلن انحرفوا عن واجباتهم هذه من

(١) ويدخل كذلك ضمن هذه الصور تفتيش السجون وأماكن العمل العام، وأماكن خردة السيارات. Automobile junkyards.

أنظر في ذلك قضية:

New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

(٢) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72 (1970)

يلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تتخطى في هذا الموضوع، فمرة تتطلب الإنزج التضايف لتفتيش بعض المحال، ومرة لا تتطلب في محال أخرى، دون ضابط منطقي مفهوم.

خلال إساءة استعمال السلطة، أو عن طريق اقتحام بعض خواص الحياة التي لا شأن لهم بها، كان عملهم مخالفاً للدستور والقانون<sup>(١)</sup>.

### المطلب الخامس

#### القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من أفراد الناس

٧٧١- وأخيراً يتعين أن يلاحظ أن القيود على القبض والتفتيش التي يفرضها الدستور، هي قيود في مواجهة السلطة التي تقوم بإجرائها *Against the government*. ولا شأن لهذه القيود بالتالي باقتحام شخص من أفراد الناس لمكان خاص، وضبط ما به من الأشياء. ذلك أن مخالفة السلطة للدستور، تفترض خروجها على الفرائض التي تقتنها. وغير رجال السلطة لا يتقيدون في مجال القبض والتفتيش بالقيود التي يفرضها الدستور عليها، ما لم تقوم صلة بينها وبين القائم بالقبض أو التفتيش، بأن كان يعمل لحسابها أو بمعاونتها الإيجابية، أو بترخيص منها. *Acting for, or on behalf of or with the active assistance of the government.*

فإذا لم تكن صلة من هذا القبيل، كان تدخل الشخص في شؤون الآخرين مواء بالقبض عليهم أو بتفتيشهم، واقعا في نطاق تصرفاته الشخصية *Purely private capacity*. التي يسأل عنها، وعلا مخالفا بالتالي للدستور أو للقانون<sup>(٢)</sup>.

### المطلب السادس

#### القبض والتفتيش وفقا لدستور

#### مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا

٧٧٢- وفي مصر -وعلا بنص المادة ٤١ من الدستور- تعتبر الحرية الشخصية أصلاً، وصونها لا يجوز أن يمس. ووفقاً لهذه المادة ذاتها، فإن شرط جواز القبض والتفتيش -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- هو أن يصدر به أمر من القاضي المختص أو من النيابة وفقاً للقانون، وبناء على ضرورة يستلزمها التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

(١) *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972).

(٢) Antonin Scalia, *Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America*, in *Human rights and judicial review; A comparative perspective*, edited by David M. Beauty, *International Studies in Human Rights*, Vol. 34, p.58.



فإذا استوفى أمر القبض أو التفتيش الشروط المتقدم ببيانها، تعين - عملاً بنص المادة ٤٢ من الدستور - معاملة من يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته على نحو آخر، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان. ولا يجوز بوجه خاص إيذاؤه بدنياً أو معنوياً.

ويكفل نص المادة ٤٤ من الدستور، حرمة المساكن، ويمنع دخولها أو تفتيشها بغير إذن قضائي يكون مسبباً ووفقاً لأحكام القانون. ولا تقتصر الحرمة على المنازل المشار إليها في المادة ٤٤ من الدستور، ولكنها تمتد كذلك - بمقتضى نص المادة ٤٥ من الدستور - إلى حياة المواطنين الخاصة، وإلى مراسلاتهم البريدية والبرقية ومحادثاتهم التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال التي لا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً، ولمدة محدودة، وذلك صوناً لحرمتها.

٧٧٣- وتقرر المحكمة الدستورية العليا - من خلال مقابلتها بين المادتين ٤١ و ٤٤ من الدستور - أن الدستور فرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المنازل. فبينما تجيز المادة ٤١ من الدستور القبض على الأشخاص وتفتيشهم إذا صدر بهما أمر قضائي وفق الشروط المنصوص عليها فيها، والتي ليس من بينها أن يكون هذا الأمر مسبباً، ولم تستثن من صدور هذا الأمر سوى حالة التلبس بالجريمة؛ فإن هذا الاستثناء لا يقوم في شأن نص المادة ٤٤ من الدستور التي جاء حكمها مطلقاً غير مقيد. وهو ما يحتم صدور الأمر القضائي في كافة صور تفتيش المساكن لضمان حرمتها، على تقدير أنها مستقر من يشغلونها وموطن سكنتهم؛ وأنها كذلك مهاجهم التي يأوون إليها، ومكان أسرهم التي يودعونها فيها. فلا تكون حرمتها غير جزء من الحرية الشخصية.

ولا كذلك تفتيش الأشخاص، إذ يجوز أينما وجدوا - بغير أمر قضائي - حال تلبسهم بالجريمة.

ومن ثم يكون الدستور قد أحاط دخول المنازل وتفتيشها بضمانتين هما صدور أمر قضائي بذلك، وأن يكون هذا الأمر مسبباً.

ولا تكفي حالة التلبس لإسقاط هاتين الضمانتين. ذلك أن إعفاء تفتيش الأشخاص من شرط صدور الأمر القضائي في حالة التلبس بالجريمة وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور، ليس إلا استثناء لا يقاس عليه<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ١٩٨٤/٦/٢ - قاعدة رقم ١٢ - ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

### المطلب السابع

#### إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة

#### The right to privacy

٧٧٤- الحق في حرمة الحياة الخاصة من أهم الحقوق التي تحرص الدساتير المعاصرة على ضمانها<sup>(١)</sup>، وهو وثيق الصلة بكرامة الإنسان وفي أن يظل آمناً مطمئناً إلى أن الجدران التي تحيط به لن تخترقها أذان تفتحها ولا عيون ترصد ما يدور داخلها. ومن ثم لم يكن إغفال النص على هذا الحق في بعض الدساتير، حاجباً لوجوده، ولا مانعاً من تقريره، فقد صار هذا الحق مكفولاً. تسانداً على بعض الحقوق التي نص الدستور عليها، كالحق في ألا يتم القبض أو التفتيش في غير ضرورة، وأن تكون للمنازل حرمتها، وللوسائل البريدية والبرقية والهاتفية سريتها، لتشكل هذه الحقوق جميعها -وما هو على منوالها- إطاراً لعموم الحق في خواص الحياة، فلا يكون هذا الحق غير فيض للحقوق التي صرح الدستور بها وكفل ضمانها.

فالدستور قد يكتفى بالنص على حرية القول وحرية الصحافة. ولكن هذه الحرية ذاتها يضمنها بصورة أفضل، ويعطيها فاعليتها، ليس فقط مجرد النطق بالكلمة أو طباعتها، وإنما يقويها الحق في قراءتها وتلقيها، وضمان توزيعها ونشرها، والحق في التحقق من صحتها، وحرية تعليمها وتلقيها. ذلك أن الآراء علي اختلافها من وسائل الاتصال التي يعبر الأفراد بها عن معان يريدون نقلها إلى الآخرين، من خلال برقياتهم وخطاباتهم. وهواتفهم وغيرها من وسائل الاتصال التي تبث رسالة يحرسون على اتصال غيرهم بها.

وقد يكفل الدستور الحق في التعليم. ويعتبر هذا الحق مشتملاً بالضرورة على حق الآباء في اختيار المعاهد التعليمية التي يرونها أكثر ملاءمة لأبنائهم، وأكفل لتطوير ملكاتهم، وأدنى لنوع التعليم الأقرب لظروفهم.

وضمن حرية التعبير بطرح بالضرورة تقرير الحق في الاجتماع، باعتباره إطار هذه الحرية وقاعدتها، والطريق إلى ترويجها.

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من دستور جمهورية مصر العربية على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة بحميتها القانون. وقد قضى بأن الحماية التي يكفلها الدستور للحق في الحياة الخاصة سواء في نطاق العائلة أو الزواج أو الحمل، لا تنسحب للملك الجنسي الشاذ، ولو كان رضائياً.

Consensual homosexual sodomy [Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)].

بمسا مژءاء انتفاء وجود أى حق دستورى فى اللواط، لآ فى نطاق الحرية المنظمة، ولا على صعيد الحقوق الفائرة فى قيم أو تقاليد المجتمع، بل هو جريمة ضد الطبيعة A crime against nature.

فإذا نص الدستور على حرية الاجتماع، نرفع عنها حق الفرد في اختيار المنظمة التي يريد الانضمام لها، وحق الخروج منها، وحق الالتحاق بكثر من واحدة يعمل من خلالها على تحقيق الأغراض التي يطمحها. ولكل منظمة تم تأسيسها وفقا للدستور -رأيا كان شكلها أو نوع نشاطها- الحق في ألا تقدم للجهة الإدارية بيانا عن أعضائها. ذلك لأن حرية الاجتماع -وكما كان موافقا للدستور- تعيد بالضرورة أن يكون هذا الاجتماع مغلوقا، مقصورا على أفراد تجمعهم وحدة المصالح التي يدافعون عنها، وأن تكون خواص حياتهم -بما في ذلك أسماؤهم- واقعة وراء جدران مغلقة.

٧٧٥- ولا يحيط الدستور بكافة أشكال الحياة الخاصة للمواطنين، وإنما يركز عادة على بعض مظاهرها أو أنماطها<sup>(١)</sup> كحق كل فرد في أن يختار زوجا، وأن يتخذ ولدا، وحق المرأة في ألا تحمل<sup>(٢)</sup>، ولا شبهة في أن للحقوق المنصوص عليها في الدستور، ضماناتها التي تربط بغيرها من الحقوق التي تعطيلها معانيها وتثريبها. فلا تفصل الحقوق المنصوص عليها في الدستور عن غيرها مما يتكامل معها. بل إن الحقوق القائمة في الدستور، غالبا ما تشي بحقوق جديدة تستتبع منها عقلا، لتكون الحقوق الجديدة من فيض الحقوق القائمة بالنظر إلى الصلة المنطقية التي تضم بعضها إلى بعض، أو ترفع بعضها عن بعض Penumbras of constitutional provisions<sup>(٣)</sup>.

٧٧٦- وكثيراً ما يظهر الحق في حرمة الحياة الخاصة The right to be let alone، من خلال مناطق من الخصوصية تكفلها نصوص صريحة في الدستور. فالحق في الاجتماع، مفاده أن ينطلق على أفراد تضمهم وحدة المصالح التي تقربهم من بعضهم، فلا يكون الاجتماع مفتوحا لغيرهم.

وحق الأفراد في ضمان حرمة أوراقهم ومعتقداتهم وأشخاصهم ومنازلهم من صور القبض أو التفتيش غير المبررة، ما نقرر إلا لضمان بعض مظاهر الحياة الخاصة التي لا

(١) يقصد التحديد التاسع للدستور الأمريكي، بأن النص في الدستور على حقوق بعضها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار أو تعطيل حقوق أخرى يحتجزها الشعب لنفسه.  
أنظر في ذلك:

The rights retained by the people: The history and the meaning of the ninth amendment [Randy E Barnett, ed., (1989)].

وتؤكد لغة وتاريخ هذا التحديد على أنه إلى جانب الحقوق الأساسية المنصوص عليها في التعديلات الثمانية الأولى للدستور الأمريكي، توجد حقوق أساسية إضافية لا يجوز أن تتدخل الدولة فيها.

(٢) The right of a woman to determine whether or not to bear a child.

(٣) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

يجوز اقتحامها. وحق الأشخاص في ألا يشهدوا على أنفسهم جبراً عنهم بما يدينهم بمؤداه تخويل كل فرد الحق في أن يتصمم بمناطق من خواص حياته ينكتمها عن الآخرين حتى لا يكشفها لأحد بما يضر بمصلحته.

٧٧٧- وتظل الحقيقة المحورية في النظم الدستورية جميعها، هي أن النص في الدستور على حقوق بذواتها، لا يحول دون التسليم بحقوق أخرى ترتبط بها، وتعطيها معانيها باعتبارها من فيضها<sup>(١)</sup>. وهي قاعدة مفادها أن دائرة الحقوق المنصوص عليها في وثائق إعلان الحقوق، غير مغلفة على نفسها، ولكنها تتبسط من خلال الترخيع عليها.

٧٧٨- وسواء تعلق الأمر بالحق في الخصوصية أو بغيره من الحقوق المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو التي تستخلص ضمناً من مفهوم قواعده وأصول أحكامها، وجوهر المسائل التي ينظمها، فإن للحقوق جميعها دائرة لا يجوز اقتحامها.

ذلك أن الدخول فيها يعرقل هذه الحقوق ذاتها، أو يحد -في غير ضرورة- من إنبائها لثمارها. وإذا جاز للمشرع على ضوء هذا الأصل، أن ينظم الوسائل الواقية من الحمل، وأن يحدد صور التعامل فيها وطرق توزيعها؛ إلا أن مصادرتها أو حظر استعمالها، يناقض الحق في صون دوائر العلاقة الزوجية The right of marital privacy التي يتعين أن تكون أدنى أسرارها بيد أصحابها يقيمونها بالوسائل التي يرون ملائمتها. ذلك أن العلاقة الزوجية تمثل لأطرافها أعظم مظاهر حياتهم خفاء، وأغلظها ميثاقاً بعد أن أفضى بعضهم إلى بعض بما لا يجوز لأخرين أن يعرفوه، فلا يكون همسها، ولا خير مظاهرها أو شرها، ولا قراراتها الداخلية، إلا تعبيراً عن أخص حرمانها<sup>(٢)</sup>. بل إن العلاقة الزوجية هي نتاج حقوق الأفراد في الاجتماع والتواصل Associational rights.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذه الحقيقة بقولها بأن الزوجين بمنزلة في وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها مترامياً على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها. وهي بذلك تعد نهجاً حميماً ونبعاً صافياً لأدق مظاهر الحياة وأبلغها أثراً، ليكون

(١) حق المرأة في ألا تحمل ليس بحق مطلق، بل هو من قبيل الحقوق الموصوفة

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979); Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975).

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

الزواج في مضمونه وممراته، عقيدة لا تنقسم عراها أو تهن صلابتها، وتصل روابطها في عمقها إلى حد تسيبها، لتظهر الحياة الشخصية من خلالها في أكثر صورها تألقاً وتراحماً<sup>(١)</sup>.

٧٧٩- وحتى إذا كفل الدستور الحماية لبعض مظاهر الحياة الخاصة، فإن ذلك لا يفيد استبعاد ما سواها من ملامحها. ذلك أن حرمة هذه الحياة مبدأ عام ينتظمها في كل صورها وأشكالها<sup>(٢)</sup> (Non inclusive list of rights). يؤيد هذا النظر:

أولاً: أن الحماية الدستورية كما تتعلق بالحقوق التي نص للدستور صراحة عليها، فإنها تغطي كذلك تلك التي تدرج ضمنها تحتها، وتعتبر من مشمولاتها. وقد آمن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، بأنها موجهة ليس فقط لحماية الحقوق التي عدتها حصراً، وإنما كذلك لصون حقوق أساسية إضافية لا نص عليها في هذه الوثائق، إلى حد القول بأن الحق المجرد في الاجتماع، يفترض اختيار الزوج لزوجته، باعتبار أن الأسرة التي يقيمها في إطار علاقة الزوجية، هي في حقيقتها شكل من أشكال حرية الاجتماع.

ثانياً: أن القيم التي يحتضنها الدستور لا تنفصل عن وسائل تحقيقها. ومن المنصور بالتالي أن تتنوع هذه الوسائل، وأن تتعدد دروبها، وأن تتطور مفاهيمها، لتقضي جميعها إلى تلك القيم، فلا تكون إلا طرائق لضمانها. وهي طرائق يكتل الدستور مرونتها حتى لا تجمد حركته وينكسر في مواجهة الآمال الجديدة وطموحاتها، ولتظل للحرية المنظمة Ordered liberty<sup>(٣)</sup> أبوابها المفتوحة.

ثالثاً: من المحذور في إطار الحق في الحياة الخاصة، أن يفرض المشرع على الأفراد، نمطاً معيناً لحياتهم؛ ولا أن يصبها في جدران يقيمها؛ ولا أن يلزمهم بنوع الحياة التي اختارها لهم. فلا تكون أسوارها غير تحديد كامل لأشكالها.

يؤكد هذا النظر، أن الحقوق التي اجتازها الدستور للمواطنين كافة، لا تتحدد دائرتها إلا على ضوء أوضاعهم المتطورة. وهي بذلك في اتصال دائم باحتياجاتهم، لتخرج هذه الحقوق

(١) القضية ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, ibid, at 488, 491, 492.

وفي نطاق حماية الحق في الخصوصية قضى بعدم دستورية تجريم حيازة شخص لمواد ماجة،

لاستعمالها في بيته الخاص.

Stanley v. Georgia, 394. U.S. 557 (1969).

(٣) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

إلى آفاق مفتوحة تكفل حيوية حركتها واتساع مجالاتها. وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن دائرة الحقوق المنصوص عليها في الدستور يضطرد اتساعها من خلال تفسيرها المرن والمتطور، إلا أن تقليصها لا يجوز إلا بتعديل الدستور.

٧٨٠- على أن حق الفرد في حرمة الحياة الخاصة، لا يتعلق فقط بنطاق المسائل الشخصية التي حجبها عن الآخرين؛ ولا بالحق في أن يتخذ أكثر قراراته اتصالاً بمسيره، وأشملها تأثيراً في أنماط الحياة التي يفضلها؛ ولا بالعلاق الزوجية وما هو صميم من روابطها، بما يعينها على النماء والتكامل ويكفل وحدتها<sup>(١)</sup>؛ ولا بمعلوماته التي يتلقاها أو يحوزها في شأن أخص الروابط والصقها بدخائل نفسه. ذلك أن حق الناس جميعهم في حرمة خواص حياتهم، مفهوم عام يتناولها من أقطارها كافة، ليشمل كل ما ينبغي كتمانها منها في نطاق توقعهم المشروع. فلا تتسلق الدولة زحفاً عليها بما يقوض أكثر العائق الشخصية عمقاً ومودة وتغانياً، ويهدر القيم للخلق التي تحيط بالحياة وتكفل دوامها واستقرارها.

٧٨١- وتفترض حرمة خواص الحياة، حظر تدخل السلطة بغير مبرر فيما ينبغي أن ينفرد به كل إنسان من الشؤون، وعلى الأخص تلك التي تتعلق ببناء الأسرة وإيجابها، وباختيار نوع التعليم لأبنائها، وتبقيهم خلقياً ونفسياً. وكذلك حق الأسرة في تعميق قيمها، وتقييم مناحي سلوكها، وأن تعمل في نطاق أعرافها وتقاليدها بما يكفل تماسكها، ويوثق روابطها، ويصون تراحمها.

ومن ثم ارتبط الحق في تكوين الأسرة بالحق في صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدةها أو يؤثر سلباً في القيم التي تنصهر فيها.

بما مؤداه -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغواراً لا يجوز التفتق إليها، وينبغي دوماً ألا يقتحمها أحد ضماناً لسريتها؛ وصوناً لحرمتها. فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولاً.

وهذه المناطق من خواص الحياة ودخائلها، تصون مصلحتين متكاملتان فيما بينهما، وإن بدتاً منفصلتين. ذلك أنهما تتغلغلن بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التي ينبغي كتمانها.

(١) يلاحظ أن المؤسسة العائلية من بين أهم المؤسسات التي توليها المحاكم اهتماماً في مجال صون حرمتها وخصوصياتها: أنظر في ذلك:

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928).

فحق الأفراد في العيش سوياً في نطاق عائلة تجمعهم، يعتبر حقاً دستورياً.

وحجبها عن الآخرين؛ وكذلك بما ينبغي أن يستقل به كل فرد من سلطة التقرير فيما يؤثر في مصيره.

وتتلور هذه المناطق جميعها التي يلوذ الفرد بها، مطمئناً لحرمتها، وامتناع إخضاعها لأشكال الرقابة وألوانها على اختلاقها، الحق في أن تكون للحياة الخاصة تخومها، باعتبار أن صونها من الدول، أوثق اتصالاً بالقيم التي تدعو إليها الأمم المتحضرة، ولكل الحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجها متواصلًا، ليوائم مضمونها الأفاق الجديدة التي ترنو الجماعة إليها<sup>(١)</sup>.

٧٨٢- وكلما حظر المشرع -من خلال عقوبة جنائية فرضها- على الأفراد القيام لعمل معين، وكان منعم من هذا العمل تدخلًا من المشرع في خواص حياتهم، كان موقفه في ذلك مخالفًا للدستور.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في شأن نص المادة ٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي حظر بها المشرع احتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد، وقرن هذا الحظر بعقوبة جنائية لضمان تنفيذه، وبجزاء مدني أبطل به كافة العقود التي تم أو التي يتم إبرامها بالمخالفة لحكمه.

وتؤسس المحكمة قضاءها بمخالفة هذا الحظر للدستور، على أن الذين يحتجزون أكثر من مسكن في البلد الواحد، مكلفين بمقتضى نص المادة ٨ المشار إليها بأن يقدموا إلى محكمة الموضوع -في جلساتها المفتوحة للكافة- أدلتهم على توافر مبرر هذا الاحتجاز. وهم بذلك يخوضون فيها ويعرضونها على كل من حضر جلساتها هذه، كاشفين عن بعض أخص دخالهم وأوثقها اتصالاً بخواص حياتهم التي ما قصد الدستور بحمايتها غير أن يوفر لهذه الحياة أسرارها لينتكتها أصحابها عن الآخرين.

فإذا حملهم المشرع على انتهاكها بأنفسهم من خلال تقديم أدلتهم على توافر العذر المبرر لهذا الاحتجاز، كان تصرفه مخالفًا للدستور، وعلى الأخص في نطاق الأسرة التي تقوم في

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٧- ص ٢٩٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

جوهرها على وحدة بنيانها وترابط مصالحها، فلا تكون نهبا لأخرين يقعون على أسرارها، وقد يظلمون على عورتها<sup>(١)</sup>..

٧٨٣- وتعلق الحماية الدستورية بخواص الحياة للناس جميعهم، مؤداة انصرافها إلى شئونهم الشخصية وإلى حرمة مساكنهم، وإلى حق ضحايا الجريمة في كتمان أسمائهم عن الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، وعلى الأخص ضحايا الجرائم الجنسية من النساء اللاتي يشهر بهن نشر وقائعها بما يعرضهن لأشكال من الحرج لا قبل لهن بتحملها، وقد يمنع النشر المحتمل عن هذه الجرائم، من الإبلاغ عنها، ليفر جناتها من صور الجراء التي تردعهم وتمنع ترددهم في الجريمة من جديد. وقد تظل عالقة في الأذهان -ولسنيين طويلة- التفاصيل الكاملة التي ربطت بين تلك الجرائم، فلا يكون بيان أسمائهم في الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، غير إهدار متصل لكرامتهم. وربما عزلهم بصفة كاملة عن محيطهم.

كذلك لا يجوز لأية جهة -وإلا تعين مساعلتها مدنيا وجنائيا- أن تتخذ من اسم أو صورة شخص معين -بغير موافقته- مجالا لاستغلالهما تجارياً سواء من خلال إعلان أو مطبوع. فإذا كان هذا الشخص قد توفي، تعين على من يعلن الاسم أو الصورة بقصد ترويجها أو الترويج منها، أن يحصل على موافقة ورثته.

والقول بأن نشر هذه الصورة أو الاسم، هو استعمال لحرية التعبير، مردود؛ بأن هذه الحرية لا تناقض حق الناس جميعهم في أن تكون لهم ملائمتهم التي يفيتون إليها من عناء يومهم، ويهجعون إليها مطمئنين إلى خفائها عن الأعين التي تقتحمها، وأن تعطي أسمائهم وصورهم بالتالي بالحماية التي تحول دون تداولها لأغراض تجارية، بل ولو كان نشر صورة الشخص، لا يختلط بالربح أو يتوخاه. ذلك أن الحرية ينقضها إبطالها، ويكفلها إمساكها من أعتها حتى لا تتحول إلى حرية منجرفة لا عاصم من ضرورها.

وما ينشر من التقارير أو الأخبار الكاذبة عن أشخاص بما يشوه سمعتهم، يعتبر إخلالا بالحق في خواص حياتهم، بشرط أن يكون الجناء قد اندفعوا إلى نشر تخرصاتهم غير عابئين بصدقها أو بكنبها Reckless behavior؛ وكذلك إذا كانوا يدركون زيفها، ولم يمنعهم من نشرها، علمهم ببهتانها Fraudulent intent<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" ص ٩٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).



ويظل واجباً أن نوازن بين حرية التعبير ومتطلباتها من جهة؛ وبين نطاق القيود التي تنظمها وتحدد إطار حركتها بما لا يرمقها.

فالناس في منازلهم التي يلوذون بها لضمان راحتهم، ويحتصمون بحرمتها من كل دخل عليها، يؤرقهم أن يطرُق أبوابها أغيار يفرضون عليهم مطبوعاتهم بالطريقة التي يرونها، وفي الأوقات التي يختارونها، سواء كانوا راغبين في تلقيها أو عازفين عنها.

ذلك أن ضمان الناشرين أفضل الفرص لترويج بضاعتهم، ليس حقاً مطلقاً غير مقيد بالقيود التي تنظم طريقة ترويجها وزمنها ومكانها. وإنما تثير الحقوق التي يكفلها الدستور لأصحابها -وبالضرورة- حقوقاً الآخرين ينافسونهم فيها، أو يضارون بسببها. ويتعين أن يتحقق التوازن بين هذين النوعين من الحقوق بما لا يخل بالإطار المنطقي للحياة المنظمة.

وشرط هذا التوازن، ألا يقتحم الموزعون لمنازل آخرين ليفاجئوا بوجوده تحت أبوابها بغير قبولهم، ولا أن يتركوه في صناديق البريد التي تخصهم. فلا يكون إطلاعهم على ما فيه، عملاً اختياريًا. شأن الآراء التي يروجونها من خلال مطبوع يلقون به إلى الناس في منازلهم أو ملحقاتها، شأن الصور الخلية التي يبعثونها إليهم في هذه الأماكن بغير علمهم، سواء أكانوا من ملاكها أو مستأجرين لها.

ذلك أن مدامتهم بالصور الفاسقة، وما يقرنها من إمكان اللقاء بأصحابها في العناوين التي تبذل تلك الصور بها، وما يصاحبها كذلك من فحش التطبيق على أوضاع جنسية يمارسونها؛ كل ذلك يفجعمهم في أدق مشاعرهم ويناقض قيمهم الخلقية. وأثرها على الصغار -الذين تتصل أبديهم بها- أسوأ عاقبة وأشد خطراً. وهو ما يتحقق على الأخص كلما تعذر على البالغين والقصر تجنبها بعد فرضها عليهم<sup>(١)</sup>.

٧٨٤- ومن هذا المنطلق، لا يجوز لنقابة تعمل للدفاع عن مصالح عمالها، أن توجه إلى أربابهم في منازلهم، رسائل تشوه سمعتهم، أو تخرس العمال على الثورة عليهم بما يخل بالنظام في جهة العمل، وعلى الأخص إذا لم تكن لهذه الرسائل صلة منطقية بالأغراض التي تقوم النقابة على تحقيقها.

٧٨٥- ويظهر مما تقدم أن لحماية حرمة الحياة الخاصة أشكالاً متعددة، أهمها:

(١) انظر في ذلك: مؤلف للأستاذ جاك روبري بالتعاون مع الأستاذ جان دي فلر Jean Duffar وعنوانه حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - الطبعة الخامسة ص ٣٦٩ وما بعدها.

أولاً: حماية حرمة المنازل من اقتحام أغيار لها، أو تنصتهم على ما يدور فيها، أو تصويرها بغير موافقتهم، ولو ببطائرة.

وكما أن سيادة الدولة على إقليمها لا يجوز انتهاكها، فإن منزل الشخص يمثل بالنسبة إليه المكان المتميز *Le lieu privilegié* الذى لا يجوز أن ينازعه أحد فيه، ولو كانت السلطة العامة هي التي تمد بصرها لداخله. ذلك أن المسكن ليس مجرد مكان اختاره الشخص لنفسه ليقيم فيه؛ وإنما هو ملجأ يعتصم به من تنخل الآخرين، ويؤمن اقتحامهم لأسرارهم، ووقوفهم على خباياهم، وهتكهم لما يدور فيه مما يتعلق بخواص حياتهم.

وسواء فسر المنزل تفسيراً ضيقاً بقصره على المكان الذى يتخذ الشخص سكناً، أم كان تفسيره واسعاً مشتملاً على كل مكان يرتبط به الشخص برابطة لها خصوصيتها، ولو كان قارباً خاصاً بمحر البحار، ويتخذ الموجودون فيه مستقراً لهم؛ أو كان مكاناً يزاول فيه حرفة أو مهنة، فإن قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مضطرد على رفض كل مفهوم ضيق للمسكن، ويلحق به كل مكان يباشر الشخص فيه نشاطاً تجارياً أو مهنيًا يقتضى أن يظل فى مأمن من التدخل التحكيمي لرجال السلطة؛ وإن جاز التدخل فى حرمة المكان -مفسراً على النحو المتقدم- بناء على أمر من قاضى التحقيق، أو من قبل أحد رجال الضبط القضائي فى الجرائم المتلبس بها<sup>(١)</sup>.

وقد مايز قضاء المحكمة الدستورية العليا بين حرمة المسكن المنصوص عليها فى المادة ٤٤ من الدستور من جهة؛ وبين حق القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر من جهة أخرى. وهي تؤسس اجتهداها فى ذلك على أن الدستور غاير فى الحكم بين هاتين الحالتين. فبينما لا تجيز المادة ٤١ من الدستور -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر، أو منعهم من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن الجماعة، على أن يصدر الأمر من القاضي المختص أو من النيابة. وليس بشرط أن يكون مسبباً؛ فإن نص المادة ٤٤ من الدستور لم تجز دخول المساكن ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً. ولم تستثن من ذلك حالة التلبس بالجريمة.

وترد المحكمة الدستورية العليا حرمة المساكن التي كفلتها المادة ٤٤ من الدستور بإطلاق لا تخصيص فيه، إلى خليط من الحقوق والحريات التي نص الدستور عليها. إذ

(١) Cour 16-12-1992, Niemietz, n os 30-31.

تؤسسها علي الحرية الشخصية، وكفرع منها، وكذلك علي الحق في حرمة الحياة الخاصة. التي نكشفها خصائص المسكن باعتباره مهجعا للفرد، وموطن سره، وموطئ سكينته<sup>(١)</sup>.

وربما كان من الأوفق، أن تؤصل المحكمة الدستورية العليا حرمة المسكن علي الحق في حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليه في المادة ٤٥ من الدستور باعتباره الحق الأقرب اتصالاً بهذه الحرمة. ولئن كان اتخاذ الشخص سكنا يستقر فيه، فرعا من إرادة الاختيار التي تتفرع بدورها عن الحرية للشخصية، إلا أن حرمة الأماكن المسكونة، مردها إلى خصوصيتها من جهة لطمئنان ساكنيها إلي أن ما يدور في داخلها، لن ترصده أذان مرهفا سمعها، ولن تبصره عيون تريد خرق حجبها، وأن أحاديثهم بها أو حتى إيماءاتهم لن يكتشفها أحد، ولن أسرارهم في قلاع منيعة حصونها، مسئلة ستائرهما، تحيط بها ظلمة حالكة حتى لا تقع يد منطلقة عليها، أو تغوص في أعماقها بقصد هتكها، ولو لمجرد التحقير بأصحابها.

ولئن كان الدستور قد أفرد لحرمة المسكن، حكما قائما بذاته يتقدم نص المادة ٤٥ من الدستور التي تنص علي أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، فذلك بالنظر إلي ضرورة إيلاء اعتبار خاص لحرمة المساكن التي يفر الناس إليها من عناء يومهم مطمئنين إلي أن جدرانها لا لسان لها لتتطرق به، ولا عيون تملكها لتبصر بها، ولا أذان ترهفها لتتسقط بها كل كلمة تسمعها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: وتعتبر حرمة الرسائل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من الدستور، واقعة كذلك في نطاق حرمة الحياة الخاصة. ذلك أن الأصل فيها هو سربيتها. بل إن سربيتها هذه -ولما كان محتواها- تقتض، إذ هي أصل يحكمها بالنظر إلي إفصاحها عن خوالج النفس وأدق مكوناتها. وقد تكون في صورة مناجاة، أو تعبيراً عن ثورة ماحقة أو عن آمال مرتقبة أو مصائر منحدره. وهي في كل صورها اتصال بالآخرين. ومن خلالها يتبادل أطرافها التعبير عن سخطهم علي أوضاع قائمة، أو عن هموم تؤرقهم وتحيط بهم، أو عن عاطفة جامحة تنبض بها قلوبهم. أو غير ذلك من سبل التواصل الحميم أو المنموم بين الناس.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يونية ١٩٨٤ -قاعدة رقم ١٢- من ٦٧ وما بعدها

من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ويلاحظ في الحكم المتقدم أن المحكمة الدستورية العليا خاضت في خصائص الممكن باعتباره مأوى للفرد

وموضع سره وسكينته، وإن كانت هذه الخصائص علة الحرمة وليست مصدرها.

ولا يجوز بالتالى فض هذه الرسائل ولا الإطلاع عليها أو تغيير وجهتها، ولا تحريفها عن محتواها، ولا إخفاؤها أو طمس بعض عباراتها؛ ولا إساءة استخدام مضمونها، أو إذاعتها. بغير إذن أطرافها.

بل إن الاختراق المتصاعد للناس فى أحاديثهم التليفونية، كان محل لانتقاد المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>، مما حمل بعض الدول المعتبرة أطرافا فى هذه الاتفاقية، على أن تعلق جواز رصد أحاديثهم هذه وتسجيلها، على شرط صدور أمر قضائى بها يتفيا التكيلل على وقوع جريمة تخل بصورة خطيرة بالنظام العام، ويقصد الوصول إلى جناتها، وبشرط ألا يتم رصد أحاديثهم عن طريق الخداع أو بالالتواء، وأن يكون لأطرافها حق بيان حقيقتها فى إطار حق الدفاع.

ومن غير المتصور فى إطار الدولة القانونية التى تقوم على قاعدة خضوعها للقانون، وتقيدها بالتالى بقواعد تطو عليها، وتعتبر إطارا لسلوكها وضابطا لتصرفاتها، أن تمتن الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال من خلال أعمال تأنيها السلطة التنفيذية بقصد فضها وقوفاً على محتواها، ثم مطاردة أصحابها وتعقبهم بعد كشفها عن نوايا أضمرها، أو أفعال أحوالها عدتها، ولو كان هدفها إجراء تغيير بالوسائل السلمية.

ذلك أن مصلحة الدولة فى صون أمنها حددتها قواعد الدستور. وإطلاق هذه المصلحة من عقالها وإعطائها معنى مفرطة فى اتساعها، مؤداه أن تصير الحرية الفردية رهن إرائتها، تبقيا وفق مشيئتها أو تقوضها بفعلها. فالجريمة المنظمة، والجريمة الإرهابية، والجنائية بوجه عام، لها من خطورتها ما يقتضى رصد مدبريها وتعقبهم. إلا أن ذلك لا يجوز بغير أمر يصدر عن السلطة القضائية فى إطار ولايتها المنصوص عليها فى الدستور، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥ منه التى تكفل حرمة الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال، وتصور سربيتها ولا تجيز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى يكون مسبباً، وموقوتاً بمدة معينة، ووفق أحكام القانون<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: ويدخل فى إطار خواص الحياة، أن يظهر الشخص أمام الآخرين بالطريقة التى اختارها لنفسه<sup>(٣)</sup>.

(١) Cour 24-4-1990 Kruslin et Huvig.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة بحميا القانون. وظاهر من ذلك أن فقرتها الثانية مقترعة عن فقرتها الأولى.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et liberte's Fondamentales, cinquieme édition, p.p 370- 373.

Le droit de la personne d'être perçue par les tiers avec l'apparence qu'il a choisi

ذلك أن الشخصية تتعدد مظاهر إعلانها والتعبير عنها. ولكن صاحبها قد يختار أن يظهر بمظهر معين قبل الآخرين. فإذا لم يكن هذا المظهر منظوياً عن إخلال بالنظام العام، تعين التسليم به، وتوفير الحماية للصورة التي أراد أن يتخذها، فلا يشوهها أحد.

فالمصحفة التي تنشر الأسماء الأصلية التي حرص أصحابها على إخفائها، أو قاموا بتغييرها، تخل بخواص حياتهم، لأنها تظهرهم في غير الصورة التي أرادوها لأسمائهم.

وتغيير الهوية الجنسية -والتي تتعلق بما إذا كان الشخص ذكراً أم أنثى- من عناصر الشخصية. ولا يجوز للدولة بالتالي أن ترفض إدراج البيان الصحيح الخاص بها، ولو تعلق الأمر بشخص كان ذكراً ثم صار أنثى أو العكس. ذلك أن عملية تحويله لجنس آخر، تم إجراؤها وفقاً للقانون (Le Transsexualisme<sup>(١)</sup>).

ويتعين بالتالي التسليم بالهوية الحقيقية للشخص بكافة عناصرها - فإذا شوهها - بفغير موافقة صاحبها - أحد من خلال عملية مونتاج أو عن طريق كاريكاتير يغير من الصورة التي هو بها، أو بوضعها في سياق يعطيها غير دلالتها، كان ذلك إخلالاً بالشخصية التي تتميز بتفردا وبخصوصيتها، وحق معاقبة المسؤولين عن هذا التغيير<sup>(٢)</sup>. والناس في أمراضهم، يقصدون أطباءهم الذين يعرفون حقائق حالتهم الصحية، وعليهم بالتالي كتمان أسرارها.

وتظهر بعض صور الحياة العائلية كذلك في إطار العلائق الاقتصادية بين أطرافها وما أودعوه من الأموال في مصارفهم، لتظل من الأسرار التي لا يجوز كشفها. فإذا أعلنتها صحيفة، حق عقابها. ذلك أن موارد الشخص الحالية والمستقبلية، وكذلك تلك التي تملكها زوجته، تتصل بخواص حياتهم التي لا يجوز اقتحامها. وقد يفضل بعض الأشخاص أن تظل هويتهم مجهولة حتى لا يعرفهم أحد. فإذا أذاع شخص عنهم ما يحددها ويظهرها، كان تصرفه مخالفاً للدستور والقانون.

رابعاً: على أن حق الأشخاص في أن يظهرها أمام الآخرين بالصورة التي يختارونها لأنفسهم ويرونها أكثر تعبيراً عن ذاتهم، ليس من الحقوق المطلقة. إذ يجوز أن يفرض المشرع في دائرة بذاتها، صورة بعينها على أشخاص يقعون في نطاق هذه الدائرة، حتى توحد

(١) المرجع السابق ص ٣٣٨.

(٢) فيما يتعلق بالرسوم الكاريكاتورية يوجد تسامح كبير في نشرها بالنسبة إلى القاتمين بالعمل العام.

هذه الصورة بينهم، فلا يختلط آخرون بهم. وليس ذلك إلا تعريفاً بهم. ومن ذلك الأزياء التي يفرضها المشرع على رجال الشرطة. أو ضباط الجيش أو الطلبة في مراحل التعليم المختلفة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

أن الحرية الشخصية لا يناقيا أن يفرض المشرع في <دائرة بذاتها> قيوداً على الأشخاص الذين <يقعون في محيطها> تغير من الصورة التي أرادوا الظهور بها كجزء من ملامح شخصيتهم.

ويندرج في إطار هذه القيود، أن يلزمهم المشرع بأزياء بعينها يرتدونها، بما لا يخلطهم بآخرين لا ينتمون إلى هذه الدائرة، وليس لهم صلة بها، لتظل هذه الدائرة وفقاً على أصحابها، يعرفهم الناس بأزيائهم التي توحد بينهم، وتسهل التعامل معهم. وتلك مصلحة مشروعة لا نزاع فيها.

وتؤيد المحكمة العليا الأمريكية وجهة النظر هذه تأسيساً من جانبها على أنه وإن جاز للمواطنين بوجه عام أن يظهروا بالصورة التي يريدونها، إلا أن المرأة التي تعمل في جهاز الشرطة لا يجوز لها أن تطلق شعر رأسها منسدلاً على كتفها بالطريقة التي تراها. ذلك أن العاملين في الشرطة يجب أن يتوحد أزياءهم حتى يعرفهم الناس بسهولة من خلالها<sup>(٢)</sup>.

وقد عارض القاضيان برينان ومارشال -وهما من أعضائها- الحكم المتقدم على سند من القول بأن مظهر الشخص، صورة من الحرية التي يكفلها الدستور. إذ يبطل هذا المظهر الشخصية الفردية ويعلن عنها ويغذيها. وهو كذلك تعبير عن الطريقة التي انتهجها الشخص أسلوباً لحياته.

فضلاً عن أن ضمانات الحرية التي يكفلها الدستور، تشمل مظهره. فإذا لم يعبر عن هذا المظهر بالطريقة التي يراها، فإن الحق في خواص الحياة، والتعبير الذاتي عن الشخصية وتحقيق تكاملها واستقلالها، يكون لغواً<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Kelley v. Johnson. 425 U.S. 238 (1976).

(٣) ويلاحظ أن الآراء المخالفة لقضاء المحكمة ملحقه بذات الحكم السابق.

المطلب الثامنإخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل<sup>(١)</sup>La liberté d'aller et venir

٧٨٦- كان الإنسان منذ وجد، دائم الانتقال من مكان إلى آخر، باحثاً عن مأواه وما يقتات به، مقاتلاً أعداءه، حريصاً على أن يتخذ للحياة أسبابها في حدود قدراته. وكان يتردد دائماً فيما بين موارد المياه، ليهجرها بعد نضوبها إلى موارد جديدة يقيم إلى جوارها، ويرعى ماشيته حولها. وهو في صراعه من أجل البقاء، في ترحال دائم، ولو إلى أبعد نقطة تبلغها قدماء، يطوع الطبيعة لظروفه، ويسخرها لاحتياجاته. ولم يكن في ذلك كله هائماً أو شريداً. بل واعياً بما يفعل، متخذاً من خطاه في الأرض، طريقاً إلى حياة يطلبها.

وصار حق التنقل في مبدأ أمره، ضرورة يقتضيها الحق في الحياة، وحقيقة مطلقة تصل الحياة بأسبابها، وتعطيها روافدها.

وظل الإنسان في إطار هذه الأوضاع في حركة دائبة، لا يستقر في مكان واحد، ينتقل من جهة إلى غيرها. ولما يصل مرة ثانية إلى النقطة التي بدأ الترحال منها.

٧٨٧- وبتطور الحياة، وتعدد وسائلها، وتراحم الأفراد فيما بينهم وتناحرهم -ولو لانتزاع ما لا يخصهم- وتوافر مظاهر القوة التي يتسلط بها بعضهم على بعض، صار تنظيم الحق في التنقل ضرورة يتطلبها التعايش في إطار الحرية المنظمة، وإن لم يكن ثمة جدل في أصل هذا الحق، ولا في توافقه مع الفطرة التي جبل الناس عليها، ولا في ضرورته لضمان الحق في الاجتماع وتوثيق حرية التعبير، وغيرها من الحقوق التي كفلتها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق، كالحق في التقاضي والحق في العمل. وحتى الحق في بيئة نظيفة يعيش الإنسان في كنفها، لا يتصور بغير ضمان الحق في التنقل لتطهيرها من ملوثاتها.

وارتبط الحق في التنقل *Le droit de tout citoyen de circuler à son gré* بالتالي -وعلى ضوء هذه المفاهيم- بأعلى القيم وأرفعها، وصار جزءاً لا يتجزأ من الحق في الحرية، بل ومن الحق في الحياة. وهما حقان لا يتصور ضمانهما بغير حق التنقل، بما يؤمن الحرية من عثراتها، ويوفر للحياة أسبابها، ويعمق مظاهرها.

(١) الحق في التنقل، هو حق في التحرك، وهو حق طبيعي مقرر للأشخاص الطبيعيين وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن الحق في التنقل، ذو قيمة دستورية.

٧٨٨- ولم يعد الحق في التنقل مقصوراً على الحدود الإقليمية، وإنما تعدت أسبابه إلى خارجها، وعلى الأخص في مجال عمل الصحافة التي يتسقط مندوبها الأخبار من مواقعها، وينقلونها إلى من يتعلمون إلى إثباتهم بها، وتحليلها.

وضار حق التنقل مفترضاً أولاً لمباشرة الصحافة لحريتها، وضماناً لتتفق الحقائق من كافة المصادر التي تستقيها منها. ذلك أن حرية الصحافة قوامها حرية إعلان الكلمة من خلال نشرها، حتى تصل إلى كل من يريد الاطلاع عليها، وإن جاز تقييد الحصول على بعض المعلومات، من بعض المصادر، في إطار من الوسائل القانونية السليمة التي تنافي التحكم.

٧٨٩- كذلك يرتبط ضمان حرية التعبير برصد الأفاق المفتوحة التي تنهل منها، والانتقال إليها للحصول على كل مطومة تتخذها مادة لها. فلا تنغلق هذه الحرية في دائرة ضيقة، وإنما تتجدد روافدها، ويزداد اتساعها، بما يكفل تنفق عطائتها، وتوثيقها لكل جديد.

٧٩٠- والحق في التنقل كذلك ضمان لإسهام المواطنين في كل شأن عام، وللحصول من الدولة -وعن طريق مؤسساتها المختلفة- على الحماية التي يروجونها منها، سواء عن طريق اعترافها بحقوقهم التي أمثلتها، أو بمعاونتهم في رد عدوان عليها. وهم بذلك يستوفون احتياجاتهم بالانتقال إليها وعرض ظلاماتهم عليها<sup>(١)</sup>، فإن لم تسعفهم في إيفائها أو أخرتها عنهم، أو ناجزتهم فيها؛ لم يعد أمامهم سبيل غير الانتقال إلى دور القضاء لتفصل في كل نزاع بينهم وبين السلطة، أو بينهم وبين خصومهم من الأفراد، ليحيط حق المواطنين في التنقل بأنماط حياتهم على اختلافها، ويتوجهاتهم أياً كان الطريق لتحقيقها وبمعابرهم إلى الحرية والرخاء والتقدم، فلا يكون هذا الحق غير إرادة الحياة بكل مظاهرها<sup>(٢)</sup>.

وهو حق يشمل المواطنين جميعهم، لا يميزون فيه عن بعضهم البعض<sup>(٣)</sup>، ولو بالنظر إلى عرقهم أو مكانتهم. وهو في الدول الفيدرالية حق للقاطنين في كل ولاية، ينتقلون منها إلى غيرها، بخير فواصل إقليمية؛ ودون ما اعتكاد بقرهم أو يبطئهم، وسواء تطق الانتقال بأشخاصهم أو بأموالهم.

(١) تنص المادة ٦٣ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة ويتوقعه. ولا تكون مخاطبة السلطات العامة باسم الجماعات إلا للهيئات التنظيمية والأشخاص الاعتبارية.

(٢) يلاحظ أن حق المرأة الساقطة في التنقل للبحث عن زواجها، لا يرتبط بحرية الانتقال، وإنما يعرضها لجسدها والاتجار فيه وهو عمل غير مشروع.

(٣) ولا يجوز بالتفصيل للسنة أن يحظر على أشخاص ينوون في الفترة الإقليمية للسودية، الانتقال من مكان إلى آخر فيها ولا أن يطلب منهم مستندات قبل أن يصرح لهم بهذا الانتقال.



٧٩١- وحق الانتقال إلى ما وراء الحدود الإقليمية للدولة يحظى بالحماية ذاتها التي يكفلها الدستور لمن يتجولون في نطاقها.

وقد يُكون انتقالهم من وطنهم -ولو بصفة مؤقتة- لضمان فرص العمل التي يبحثون عنها. وقد تكون هجرتهم من أوطانهم وفق الشروط والأوضاع التي ينظمها القانون.

ويظل الحق في الانتقال في هذه الفروض جميعها، موازيا في أهميته، طعام للناس وشرابهم، وضربهم في الأرض بحثا عن أرزاقهم، وسعيهم لضمان أمنهم، ونضالهم من أجل حريتهم. إذ هو مدخل لكل ذلك. بل هو يمثل في إطار النظام القانوني للقيم، أكثرها حيوية واتصالا بالحق في الوجود.

٧٩٢- على أن حرية المواطن في التنقل -ولو فيما وراء حدود بلده - تحكمها القيود التي يحيطها المشرع بها، بما لا إخلال فيه بشرط الوسائل القانونية السليمة. وللدولة بالتالي أن تمنع مواطنيها من الانتقال إلى بؤر الصراع، وإلى المناطق التي تتهدد فيها حياتهم بخطر كبير، كالبلدان المعادية، أو التي دهمتها فتن داخلية، أو مزقتها أطماع أجنبية، أو استشرت فيها نوازع عرقية تأكل الأخضر واليابس.

ولا كذلك حرمانها أفراد منظمة بعينها من الانتقال داخل الدولة أو خارجها، ولو كان نشاطها مناوئا لها، أو غير مقبول منها. ذلك أن منعه من الانتقال، يفترض سعيهم لتقويض نظمها لثقلها عليها. وهو اعتبار إذا توافر في حق المتورطين في النشاط غير المشروع لهذه المنظمة، لا يقوم في حق أعضائها الأبرياء الذين لا شأن لهم بدائرة إجرامها.

فلا تكون للنصوص القانونية التي تحظر تنقل أعضاء المنظمة جميعهم، إلا مفرطة في اتساعها، تخطئ الأبرياء بالمنذيين، وتجمعهم على سعيد ولحد، وتوردهم إلى دائرة الجزاء عينا، بما يعوق حرياتهم التي كفلها الدستور؛ ولو علق المشرع حقهم في الانتقال، على تخليهم عن المنظمة التي انضموا إليها. ذلك أن التحاقهم بتنظيم معين في إطار حق الاجتماع، مؤداه أن يكون دخولهم فيه، وخروجهم من إطاره، مطلقا على إرادتهم، لا على قرار من الجهة الإدارية.

٧٩٣- ويتعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تنظر إلى الحق في التنقل باعتباره أصلا لا يجوز تقييده إلا في أضيق الحدود. فإذا فرض المشرع جهة إدارية في أن تقرر بنفسها شروط حرمان المواطنين من حرية الانتقال، فإن منعه لمواطن من مباشرة هذه الحرية، يخوله حق التظلم من قرارها ومنافستها كذلك في ألفتها، ثم الطعن علي هذا القرار

حال إصرارها على تنفيذه. وللمحكمة أن تراجعها فيه، وأن تلغيه إذا كان فاقداً لسيبه، وغير مشروع بالتالي. وهي بذلك ترن العناصر التي قام عليها القرار المطعون فيه، وتحققها وتصل فيها، فلا يكون قرار الحرمان من الانتقال موافقاً للدستور والقانون، إلا إذا اقتضته مصلحة لها اعتبارها كذلك التي تتعلق بالأمن القومي<sup>(١)</sup>.

٧٩٤- ويبدو الحق في التنقل أكثر أهمية في الدول الفيدرالية، بالنظر إلى الطبيعة المركبة لهيكلها السياسي، وباعتبار أن ضمان هذا الحق، يوحد شعوبها في الأجزاء المختلفة لإقليمها، ويكفل تماسكها ويحقق التداخل بين مصالحها، ويزيدها قوة وصلابة تتخطى بها الحواجز الإقليمية التي تفصل ولاياتها أو مقاطعاتها عن بعضها، لتظهر عملاً وكأنها كتلة متماسكة شديدة الترابط، عميقة التلاحم، فلا يتمزق نسيجها، وإنما يكون صامداً عبر الأجيال، وخلال العهود المختلفة.

ذلك أن ضمان حرية مواطنيها في التنقل بين أجزاء إقليمها، بغير قيود تحكمية تعطل حركتهم، يوثق صلتهم بها، ويضمهم إلي بعضهم ويكفل حرية التجارة فيما بينهم Interstate commerce، ويوحد سعيهم لتأسيس وطن واحد ينوبون فيه، ويمحو الفوارق بينهم قدر الإمكان. ولئن كفل الدستور الفيدرالي لكل ولاية أو مقاطعة داخل الدولة الفيدرالية، استقلالها تشريعياً وتنفيذياً وقضائياً عن غيرها، إلا أن التنقل من ولاية أو مقاطعة إلى ولاية أو مقاطعة أخرى، بعيدة عنها أو قريبة منها، كثيراً ما يكون ترحالاً من أجل البحث عن فرص أفضل للعمل، أو استثمار أكثر جاذبية للمال، أو عن معاملة ضريبية أرفق، أو عن معونة اجتماعية أعلى Higher welfare benefits.

وليس لولاية بالتالي أن تصد أبوابها عن معوزين يطرقونها؛ ولا عن وافدين يطلبون العلم في معاهدها ذات المزايا الأفضل؛ أو يترددون على مرافقها بقصد الانتفاع بها، ولا أن تميز بين مواطنيها الذين استقروا في إقليمها سنين طويلة، وبين الذين يمرون في إقليمها مروراً عابراً من غير مواطنيها<sup>(٢)</sup>.

فالدول الفيدرالية تتربط أجزاؤها، وتتصهر داخلها الحدود الإقليمية لكياناتها السياسية الفرعية، مقاطعة كانت أم ولاية أم كانتونا. إذ ليس من شأن هذا التقسيم السياسي، أن تتفرق شعوبها وتتناثر، ولكنها تتوزع على أجزاء مختلفة في الوطن الأم، لتكون لهم ذات الحقوق

(١) Kent v. Dulles, 357 U.S. 116 (1958).

(٢) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

التي يكلفها الدستور الفيدرالي لجموعهم، سواء قبل بعضهم البعض، أو في مواجهة الدولة المركزية التي لا يجوز أن تعاق حركتهم داخلها، وعبرها<sup>(١)</sup> Interstate movement.

٧٩٥- وتكفل المحكمة الدستورية العليا حرية المصريين في انتقالهم فيما بين ربوع بلدهم، غدوا ورواحا -بما في ذلك الحق في مغادرة الإقليم- فلا ينفرد فريق من بينهم بمباشرة حرية الانتقال داخل بلدهم أو خارجها، وإنما يباشرها كل مواطن بما لا يقوض جوهرها، أو يخل بمصلحة قومية لها اعتبارها.

وهو ما نكل عليه المادة ٥٠ من الدستور التي تخول كل مواطن -رفيما عدا الأحوال التي يبينها القانون- الحق في أن يقيم في الجهة التي يختارها داخل بلده. فلا يرد عنها، ولا يجبر على أن يتخذ غيرها موطناً. ومرد ذلك أن الحرية الشخصية لن تكتمل ملامحها بغير الحق في التنقل، وعلي الأكل باعتباره ضروريا لصون جوهر مكوناتها، ولتأمين كافة الحقوق التي ترتبط بها

٧٩٦- والبين من المادتين ٥١ و٥٠ من الدستور، تقريرهما لضمائنين ترتبطان بالحق في التنقل. ذلك أن: أولاهما: لا تجيز منع مواطن من أن يقيم في جهة بعينها، أو حملة علي أن يقيم في مكان معين، في غير الأحوال التي ينص عليها القانون.

وتحظر ثانيتهما: إبعاد مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تدبيراً احترازياً لمواجهة خطورة إجرامية تتصل بالمواطن المبعد أو الممنوع من العودة إلى بلده.

ثم تأتي المادة ٥٢ من الدستور لتكفل للمواطنين جميعهم حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج، علي أن ينظم القانون هذا الحق، ويبين شروط الهجرة وإجراءاتها<sup>(٢)</sup>.

٧٩٧- وقد أعطى الله تعالى حرية الانتقال قيمتها العليا، فلم يجعل مباشرتها مجرد حق، بل واجباً كذلك حتى لا ينسحق الناس بالقهر وذل الحاجة، في جهة بذاتها يقيمون فيها. فقد بسط الله تعالى الأرض للناس جميعهم، وجعلها لهم مهادا، وسواها وأعقد مرعاها، وأنشأها ذلولاً يمشون فيها، ويحصلون على احتياجاتهم منها.

(١) Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

كذلك فإن من بين الحقوق التي تقتضي ضمان حرية الانتقال، حق الأشخاص في التشكي للسلطة العامة من ظلم وقع عليهم، وحقهم في التصويت لاختيار القائمين بالعمل العام، وحق الدخول إلى المباني الحكومية.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٢٨

وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ثم نهاهم -بعد أن عبدها لهم- عن أن يكونوا مستضعفين في الأرض مع رحابتهاء، تضيق بهم رغم اتساعها. فأمرهم بالانطلاق في منابكها، لا يترددون خوفاً، أو يتعشرون تخاذلاً، وإنما يجولون فيها بقوة الإيمان ومضاء العزيمة، باحثين عن كرامتهم قبل قوتهم، بما يحفظ لقلوبهم جنونتها، فلا تهمد حركتهم في الحياة.

المبحث الثالثالإيقاع بالآخرين Entrapment

٧٩٨- تفترض الجريمة في الأعم من أحوالها، إرادة ارتكابها. ويتقضى تحقيقها توصلاً إلى جناتها، جهداً متتابعاً من القائمين بأعمال الضبط الجنائي، وعلى الأخص في مجال تجميعهم للدلائل على وقوعها، استدلالاً بها على ثبوتها في شأن شخص معين، يعتبر في نظرهم مرتكبها.

ويحيط المجرمون أنفسهم ونشاطهم بقدر كبير من السرية، ويحكمون بتنظيماتهم حتى لا يعرفها أحد، ويوثقون عيونهم في أماكن مختلفة لتنبههم إلى كل خطر قائم عليهم، وينكتمون شئونهم حتى لا يدركها غير المحيطين بهم من أعوانهم، ويعتمدون تضليل رجال القانون حتى تظل الجرائم التي يرتكبوها بعيدة عن أيديهم بما يحبط جهودهم ويعجزهم عن كشفها والقبض عليهم بغير عمل من أعمال الخداع التي يستهدفون بها إيقاعهم في قبضة العدالة. ومن صور الخداع هذه بثهم لعمل من بينهم، أو من جهة غير هيئة الشرطة، ينسب بينهم، ويعايشهم في مظاهر سلوكهم المختلفة لإيهامهم بأنه مجرم مثله، يسير على منوالهم، ويتوخي تحقيق أغراضهم.

وبقدر مهارة العميل في الإيقاع، تكون قدرته على الإيقاع بهم أكبر. إذ يندمج فيهم، ويصير واحداً من أتباعهم. وقد يمولهم لتنفيذ مشروعهم الإجرامي، أو يعمل معهم في تخليق بضاعتهم أو ترويجها، وقد يصل دور العميل إلى حد تحريضهم على الجريمة. وذلك بأن يزينا في عقولهم، أو يصمم لهم خططها ومراحل تنفيذها، متوخياً بذلك أن يراهم ملأين أمام المحكمة ومعهم دليل جرمهم. فلا تكون أعمال الخداع التي أتاها غير تكبير محكم يخطط للجريمة بقصد كشفها وضبطهم متلبسين بارتكابها.

والعميل في كل ذلك يظهر لهم وراء شخصية مختلفة عن حقيقته، كأن يتقمص دور تاجر يريد شراء المواد المخدرة منهم، ويقنعهم بأن يعاونهم في توزيعها. وقد يقدم لهم المادة الأولية اللازمة لتخليقها حتى يورطهم بدرجة أكبر في جريمة صنعها<sup>(١)</sup>.

وقد يظهر العميل في صورة من يتاجر في الآثار، فيعبد إلى إقناع من يهيئونها بأنه أقدر منهم على إخفاء ملامحها ثم تسويقها، فيودعون نقتهم فيه، ويطلعون على الآثار التي نهبوا، ويرتبون خططهم لنقلها إلى الخارج وبيعها بوصفهم شركاء في أرباحها.

(١) The Supreme Court, Entrapment and Our Criminal justice Dilemma, Sup. CT Review 111 (1981).

وقد لا يتعلق الأمر بأشخاص ضالعين في الجريمة، وإنما تحيط بهم شبهة تورطهم فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في الرشوة التي يشاع عن بعض الموظفين أنهم يتقونها ممن يتعاملون معهم من أفراد الجمهور، فيعرضها العميل عليهم، حتى إذا قبلوها، أدانوا أنفسهم بأنفسهم.

٧٩٩- فنحن إذن أمام صورتين من صور الخداع والإيقاع:

إحداهما: تتعلق بأشخاص ضالعين في الجريمة قبل اتصال العميل بهم. وهم منخرطون فيها ومقبلون عليها ولو لم يتصل بهم هذا العميل. وإنما اقتصر دوره على حملهم على الإسراع فيها من خلال تسهيل خطواتها.

ثانيتها: تتعلق بأشخاص ما كانوا ليتورطوا في الجريمة، لولا تدخل العميل.

فما هو حكم القانون في كل من هاتين الصورتين؟؟

تحكم هذا الموضوع نظرتان:

إحداهما شخصية: Subjective approach. ومؤداها أنه إذا كان الضالعون في الجريمة ليرتكبوها، ولو لم يتصل العميل بهم ليورطهم فيها، فإن الجريمة تكون من صنعهم بعد أن خططوا لها وتحينوا فرصتها، فلا يقبل منهم بعدئذ القول بأن العميل حرضهم عليها أو زينها في عقولهم<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يكن من ارتكبتها ليدخل منها لولا تدخل العميل، فإن فعل العميل يكون محظوراً.

ومن ثم تركز النظرة الشخصية على الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، وما إذا كانوا قد خططوا للجريمة وعقدوا العزم على تنفيذها قبل اتصال العميل بهم، أم كانوا أسوياء لا شأن لهم بها، ولكن العميل جرفهم إليها.

وثانيتها نظرة موضوعية: Objective approach تولي اهتمامها لأفعال العملاء في ذاتها. فإن كان من شأنها التدخل في الجريمة على نحو يدل على خروجهم على واجباتهم الوظيفية محددة على ضوء مسئولياتها المسلم بها، كان تكلمهم غير مقبول. ويتعين An intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise بالتالي إطلاق سراح من ورطهم العميل في الجريمة، سواء كانوا من قبل ضالعين فيها، أو لا

(١) Jacobson v. United States. 112 S.ct. 1535. 1540 (1992).

ينزعون لارتكابها، وذلك كلما كان تدخل للعمل قد هبط بواجباته الوظيفية إلى حدود تنافي خصائصها ومتطلباتها التي لا يندرج تحتها التحريض على الجريمة.

Entrapment regardless of predisposition.

٨٠٠- وتعمل المحاكم في مجموعها إلى النظرة الموضوعية التي تخولها تعمق أعمال عملاء السلطة، ومراقبة قدر تدخلهم بها في الجريمة، ووجه تأثيرها في إرادة مرتكبها. فكلما كان هذا التدخل جسيماً بما يخل بالقواعد الرئيسية التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، فإن هذا التدخل يكون محظوراً، ولو كان تدخل العمل قائماً على نبل دوافعه في مطاردة المجرمين، وجموحه في مجال تعقبهم والنيل منهم<sup>(١)</sup>.

Overzealous Law Enforcement Officers.

وعلى المحكمة أن تحقق في الدفوع التي يقدمها المحامون والتي يتهمون بها العملاء بالإيقاع بموكليهم، وأن تنظر في كل حالة على حدة، وأن تحدد مدخلها للفصل فيها، على ضوء النظرة الشخصية أو الموضوعية التي تتخذها منهاجاً لها، والتي تحدد على ضوئها ما إذا كان تدخل العمل في حالة بذاتها جائزاً أو غير جائز.

فتساندنا إلى النظرة الشخصية، مؤداه أن الإيقاع لا يكون مبرراً، ما لم يكن الأشخاص الذين اتصل العمل بهم، مقيلون على الجريمة يتحنيون الأوضاع الملائمة لتنفيذها إذا انتهت فرصتها، ولو لم يكن العمل قد اقترب منهم.

Defendants disposed to commit the criminal act prior to first being approached by the government's agent

ولا كذلك تأسيسها لحكمها على النظرة الموضوعية التي تركز على العملاء أنفسهم، وتكتفيهم إذا كان سلوكهم في حالة بذاتها، مجاوزاً الحدود المنطقية لاستعمال سلطاتهم. وهو ما يتحقق إذا انحرفوا بتصرفاتهم عن مستوياتها التي يجوز القبول بها.

Whether the police conduct revealed in the particular case, falls below standards for the proper use of governmental power.

(١) والنظرة الموضوعية هي التي يوصي بتقنيها في القوانين الجنائية:

See, American law Institute, Model Penal Code (1962); National Commission on Reform of Federal Criminal laws,. A Proposed New Federal Criminal law (Final Draft 1972).

ولم تقبل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية النظرة الموضوعية التي أيدتها بعض قضائها وأوصى

بها الكونجرس ومشروعي الولايات الأعضاء في الاتحاد.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, Printed by Congressional Research Service, pp.1751,1752.

وتختلف مستوياتها هذه، إذا كان العميل قد خلق الجريمة بيد غيره، أو كان سببها من خلال التحريض عليها.

The Inquiry to be focused on, is whether the act instigated the crime

ويعتبر العميل صانعا للجريمة بيد غيره، إذا كان قد زود المتهم بمادة لا تقوم الجريمة إلا بها، ولو كان بإمكان المتهم أن يحصل عليها من مصدر آخر. ويعتبر تدخله في الجريمة محظورا كذلك إذا كان هو سببها من خلال الحض عليها، كأن يماشر العميل امرأة لها ماض، ويوهمها بصدق عواطفه نحوها، ثم يدفعها إلى مخالطة رجال آخرين بغير تمييز ولو بغير أجر، لينتهمها بعد ذلك بالدعارة.

ذلك أن تدخل العميل في هاتين الصورتين يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا تعارض الإيقاع بمجرمين غرض نشاطهم على الشرطة من خلال مظاهر التحوط التي يتخذونها. فلا يكون دخول العملاء في صفوفهم والاندماج معهم، تدبيراً منافياً لهذه الوسائل إذا كان ما يتوخاه منحصرأ في الاتصال بالمجرمين حتى يطمئنوا لهم، ويعرفونهم على مخازن الأسلحة التي هربوها، أو معامل تقطير الخمور التي أخفوها، أو أماكن تخليق المواد المخدرة التي يروجونها، أو طرق جلبها، ووسائل توزيعها؛ أو صور التعامل في الدعارة التي خططوا لها، والنظم التي تدار بها شبكتها بما في ذلك وسائل اتصال الرجال بالبنافيا.

ولا كذلك دفعهم إلى الجريمة التي كانوا يخططون لها قبل اتصال العميل بهم. ذلك أن إجرامهم وإن كان جزءاً من الحياة اليومية التي ألفوها، إلا أن كل تدبير يتخذه العميل بقصد التحريض على الإسراع فيها أو لتزيينها على نحو يؤمن مخاطرها في عقولهم، هو تدبير غير مقبول. ويزداد الأمر سوءاً إذا كان تدخل العميل متصلاً بأشخاص لم يتأهبوا للجريمة، وإنما ورطهم العميل فيها<sup>(١)</sup>.

ونظراً لدرجة تدخل العميل في الجريمة، معياراً حاسماً في اعتقادنا، لتحديد نقطة الفصل بين الإيقاع الجائر بالمجرمين، والإيقاع غير المقبول<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973).

وعلى ذلك يجب التمييز بين أشخاص لم يتأهبوا للجريمة ولا يعينهم أمراء، وإنما ورطهم العميل فيها، وبين آخرين كان الإجرام من خلقهم وخلقهم.

To determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent, and the trap for the unwary criminal.

(٢) Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932); Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).



المبحث الرابعالقرار المشبوهين بالجريمةالمطلب الأولطبيعة هذا القرار

٨٠١- يفترض فيمن تثور في شأنهم شبهة ارتكابهم للجريمة، أن اعترافاتهم بها -فيما لو أقرروا بأنهم جناتها- مجردة من كل تأثير يفقدها مصداقيتها، أو يرجح بهتانها، وهو ما يتحقق كلما نجم التأثير عن تدخل غير مشروع للحصول عليها، ولو بحمل شخص أو لشخص على الشهادة التي تكذبهم، سواء كان هذا الحمل مرده إلى تهديد بإيذائهم أو إلى منفعة وعدوا بها<sup>(١)</sup> A promise of benefit or a threat to harm.

ويعتبر خوض المحكمة في صدق اعترافاتهم أو كذبها، صمام أمن يحول دون تلقيقها أو الإكراه عليها من خلال ضربهم أو جلددهم أو استعمال غير ذلك من مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها<sup>(٢)</sup>. غير أن التحقق مما إذا كان القرار بالجريمة يعتبر عملاً إرادياً أو كان قد انتزع قهراً، صار متعذراً اليوم على ضوء الوسائل العلمية التي لا تظهر معها آثار تعذيبهم أو أنواع الضغوط التي تعرضوا لها.

كذلك فإن من وسائل الحصول على اعترافاتهم، ما كان يبدو في ظاهره موافقاً للقانون، ثم صار في إطار التطور القضائي مخالفاً لأحكامه.

فالأسئلة التي يوجهها رجال الشرطة إلى المشتبه فيهم، لا مخالفة فيها للقانون بشرط أن يتم توجيهها إليهم في حضور محام إلي جانبهم.

غير أن امتداد هذه الأسئلة فترة طويلة من الزمن، وتعاقبها واتصال حلقاتها بما لا يوفر للمشبهين فرصة لالتقاط أنفاسهم، ويعرضهم لضغوط نفسية كبيرة، يعتبر في حكم الإكراه، فلا يؤخذ بإجاباتهم هذه دليلاً ضدهم<sup>(٣)</sup>.

(١) يستند بطلان الاعتراف للإرادي في الدستور الأمريكي إلى التحديل الخامس لهذا الدستور الذي يقضى

بأنه لا يجوز لشخص أن يدين نفسه بنفسه. Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1997).

(٢) Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940); Ward v. Texas 316 U.S. 547 (1942).

(٣) Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944).

وفي هذه القضية، بطل الاعتراف بعد ٣٦ ساعة من الأسئلة المستمرة تحت أضواء كهربائية مبهرة.

ذلك أن مواءم علي هذا النحو، من الوسائل الخطرة المنطوية علي سوء استعمال السلطة. ويتعين بالتالي إدانتها وردع القائمين عليها من خلال إبطال تحقيقاتهم، ولو كان ما دون فيها يحمل عناصر صنفها، بالنظر إلي ترابطها ووجود قرائن تدعسها.

بما مواءم أن إقرار المشتبه فيه بالجريمة، لا يعتبر دليلاً عليها إذا تم التحصل علي هذا الإقرار بوسائل غير ملائمة، ولو كان ذلك الإقرار مؤيداً بدلائل خارجية تؤكد صحته<sup>(١)</sup>.

ذلك أن مثل هذه الوسائل تناقض قيم الجماعة وثوابتها، ولا توفر لمن يتعرضون لها الفرص الحقيقية التي تؤمن حقهم في الحياة وفي الحرية، وهما حقان لا يجوز إهدارهما بغير الوسائل القانونية السليمة.

### المطلب الثاني

#### بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً

٨٠٢- ولا يجوز بالتالي أن يدان المتهمون كلما كان اعترافهم بالجريمة ناجماً عن وسائل تنتزع بها أقوالهم، ولو قام الدليل علي صدق أقوالهم هذه. ذلك أن النظم الجنائية في تطورها المعاصر، لا تستر نظاماً تقييبي Inquisitorial. ولكنها نظم اتهامية Accusatorial تقتضي أن تركز المحاكم اهتمامها -لا علي صدق الإقرار بالجريمة أو كذبه- وإنما علي نوع الوسائل التي تأتي بها. فكلما كان من شأنها قهر إرادة المقر بالجريمة، بطل إقراره بها، ولو كان صادقاً<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين مع موكلهم يعقد الإقرار بالجريمة، أو يجعل حلها أكثر صعوبة. ذلك أن الأمر الأكثر أهمية هو الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ولو بدأ المقر بالجريمة مسيطراً علي أعصابه، متخلياً عن حنره، بل ولو كان مدركاً أن إخفاء الدليل علي ارتكابه لها، معركة خاسرة في مواجهته لرجال الشرطة.

ومن غير المتصور في الدول التي تقوم دساتيرها علي ضمان الحرية الشخصية بما يكفل عدم الإخلال بها دون مقتض، أن ينتزع الإقرار بالجريمة من مشبوهين، بوسائل تعتبر في مضمونها تعذيباً عقلياً لهم، خاصة إذا نجم اعترافهم بالجريمة عن أسئلة متتابعة تمتد زمناً طويلاً يكون منهاكاً لأبدانهم؛ وكان رجال الشرطة قد تناوبوا عليها In relays لضمان راحتهم

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961), Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

بالنظر إلى طول منتها؛ وكان المشبهون قد تعرضوا لإضاءة قوية تنضي بها أبصارهم أثناء التحقيق معهم في غرفة مظلمة جلبوا إليها ولودعوا فيها طوال فترة التحقيق معهم<sup>(١)</sup>؛ وكانت الأسئلة التي وجهها رجال الشرطة إليهم قائمة على افتراض ارتكابهم الجريمة، بما يشكل ضغطاً نفسياً لا يحتمل على أعصابهم التي يرهقها بالضرورة اتهامهم بجريمة خطيرة كالقتل أو غيرها من الجرائم التي لا تقبلها الجماهير عادة من منظور قيمي.

### المطلب الثالث

#### حضور المحامين مع المشبهين ضرورة لا تقربط فيها

٨٠٣- ولئن جاز في بعض الدول أن يساق المشبهون فيها إلى أماكن الاحتجاز التي ينزلون فيها عن الاتصال بأخريين يرجون عونهم كالأصدقاء والمحامين، وأن يقرأوا بالجريمة في إطار ضغوط نفسية محسوبة بصحبها رجال الشرطة على عقولهم، ويمطلون بها إرادتهم؛ فإن ذلك لا يجوز بيقين في دول تعطي للمستور القيمة الأعلى، ولا تقبل محاكمها بالتالي تعذيباً عقابياً أو بدنياً يكون من ثماره، الإقرار بالجريمة التي تفصل فيها.

ذلك أن ترويعهم يتمحض تخويفاً و رهبة يبعثها رجال الشرطة في أنفسهم. فلا يكون أمامهم من خيار غير الإقرار بالجريمة<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي أن يكون لهم حق كامل في سماع أقوالهم أمام قاض؛ وبالحق في أن تتبهم الشرطة إلى الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يندرج تحتها الحصول على عون من أصدقائهم ومحاميهم. بل إن الأجواء التي تتصل بالاحتجاز، لا يجتنبها من منابئها غير حضور محاميهم معهم حتى يقدموا لهم يد العون التي يحتاجونها في شئتهم، وحتى تظل حريتهم في الخيار بين صمتهم عن كل قول يتعلق بالجريمة، وحديثهم عنها، كاملة غير منقوصة خلال فترة استجوابهم.

فضلاً عن أن احتمال لجوء الشرطة إلى وسائل القهر غير المعلنة، يتضام إلى حد كبير مع وجود المحامين. فإذا تعرض موكلوهم لهذا القهر، شهد موكلوهم بذلك أمام أية جهة يعينها معرفة حقيقة أمّا تم. ويكتل حضور المحامين كذلك عدم تحريف الشهادة التي يدلي موكلوهم بها في مرحلة التحقيق، وصحة ما تعتمد عليه سلطة الاتهام من أجزائها، فلا يتصور تشويهها.

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Watts v. Indiana, 338 U.S.49 (1949); J.Wigmore, A treatize on the Anglo-American System of Evidence, 3d edition (1940).

### المطلب الرابع

#### تطور مفهوم الإقرار بالجريمة

٨٠٤- ثم حدث تطور آخر في مفهوم الإقرار بالجريمة من ناحيتين:

أولاهما: القول بأن الوسائل غير الملائمة لانتزاع هذا الإقرار، تحطم الإرادة، أو تحملها قهرا علي ما يناقض حريتها؛ هو الوجه المقابل للقول بأن الإقرار بالجريمة يعتبر صادرا عن إرادة حرة إذا لم تكن وسائل الشرطة في التحقيق، تدل علي عدوانيتها أو تحمل معها من المخاطر ما يدل علي أن الإقرار بالجريمة لا يعبر عن الحقيقة<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تركيز علي النتيجة التي أفضى إليها استعمال هذه الوسائل. وليس علي هذه الوسائل في ذاتها، خاصة وأن هذه النتيجة تتأثر بكافة العوامل التي تحيط باستجواب المشبوهين كسنتهم، ودرجة نكاثهم، وقدر تعليمهم، وماضيهم في الجريمة، وعدم تقديم الطعام لهم بصورة منتظمة، وحجبهم عن الاتصال بنوابهم أو بأصدقائهم، واستعمال مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها.

وجميعها عوامل تنتظر إليها المحاكم في مجموعها، ولا تعدد بواحد منها فقط، مما جعل معيار الإقرار الحر بالجريمة، غير موحد فيما بينها، بالنظر إلي اختلافها في الأهمية التي تعطىها لبعض هذه العوامل.

ثانيتهما: التمييز بين تحقيق تجربة الشرطة في مرحلة اشتباهاها في شخص معين بوصفه ضالعا في الجريمة، وبين تحقيق تتولاه في مرحلة الاتهام بالجريمة.

ذلك أن كل إقرار تحصل عليه الشرطة من المتهم بعد اتهامه بالجريمة، يعتبر باطلا إذا تم في غير حضور محاميهم، بالنظر إلى ما هو مقرر من أن الاتهام بالجريمة تليه بالضرورة محاكمة المتهم عنها أمام محكمة محايدة مفتوحة جلساتها للكافة، وتحيطها كل ضمانات إجرائية يتطلبها القانون.

وإذ كان حضور محامي المتهم، يعد مفترضا أوليا في مرحلة الاتهام هذه، وحتى الفصل فيه؛ فإن حضوره كذلك يكون واجبا من باب أولي في كل تحقيق تجريه الشرطة بعد الاتهام

(١) Developments in the law- Confessions, 79 Harvard law Review, 935, 954- 59 (1966).

وخارج قاعة المحكمة. إذ هو تحقيق غير قضائي Extra-judicial proceedings لا يجوز أن يتم بغير حضور محاميه<sup>(١)</sup>، وإلا بطل إقراره بالجريمة، ولو صدر عن إرادة حرة.

### وهو ما نراه صائباً من الأوجه الآتية:

١. أن حضور المحامي يكون واجباً في الأصل ليس فقط أثناء المحاكمة وبعد الاتهام، بل كذلك في كل المراحل السابقة عليهما كلما كان حضوره فيها، مؤثراً في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية.

٢. أن حق المتهم في الحصول على مشورة محاميه، يفقد بالضرورة كل قيمة، إذا كان مصير المتهم قد تحدد سلفاً من خلال التحقيق السابق على المحاكمة.

٣. القول بأن الذين تتور في شأنهم شبهة إثبات الجريمة، كثيراً ما يعترفون بها خلال الفترة بين القبض عليهم واتهامهم، وأن اعترافاتهم هذه سنقل بالضرورة إذا كان حضور محامين معهم واجباً في مرحلة ما قبل المحاكمة؛ يؤيد الطبيعة الحرجة لهذه المرحلة، بما يحتم حضور محامين عنهم ومعهم أثناءها.

فتمّة علاقة وثيقة بين حرص الشرطة في هذه المرحلة على الحصول على إقرار بالجريمة ممن تتور قبلهم شبهة ارتكابها؛ وبين ضرورة حصولهم في هذه المرحلة ذاتها على عون محامينهم.

٤. أن الحقائق التاريخية قديماً وحديثاً، تؤكد القول بأن النظم الجنائية التي تعتمد في سعيها لمكافحة الجريمة على إقرار المشبوهين بها، هي في واقعها نظم تختصر الطريق إلى إدانتهم. فضلاً عن أن هذه النظم، تكون أقل إنصافاً، وأكثر مدعاة لإساءة استعمال السلطة، وتنفذ في النهاية مصداقيتها، لتتقدم عليها نظم غيرها تركز اعتماداً على الأدلة الخارجية التي يتم الحصول عليها من خلال مهارة المحققين وخبرتهم العملية.

٥. تنهار أعمدة النظم الجنائية كلما ارتبط بقاؤها وفعاليتها بتخلف المواطنين بغير وعي منهم عن الحقوق التي كفلها الدستور لهم، كالحق في أن يظلوا صامتين، فلا يبلون بإقرار عن جريمة تتور شبهة ارتكابهم لها. ذلك أن ضمان هذه الحقوق أولى من إهدارها. والإصرار عليها مقدم على محاولة التخلص منها من خلال نظم جنائية لا تعنيها هذه الحقوق أكثر من حرصها على ملاحقة الجناة المحتملين.

(١) Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1946).

٦. أن الحق في الحصول علي عون محام، يكون واجبا حتى في مرحلة التحقيق، كلما تحول التحقيق من اجتهاز لمحاولة حل غموض جريمة لازال مرتكبها مجهولا، إلي التركيز علي شخص معين تحتجزه الشرطة لديها باعتباره مشتبه فيه، وتطوره بأسئلتها لإجهاذه حتى يقر بالجريمة، غير عابئة في ذلك كله بطلبه حضور محاميه، بل ورفضها لهذا الطلب، ومثابرتها علي التحقيق دون أن تبصره بحقه في أن يظل صامتا.

ولا يعني ذلك تعطيل حق الشرطة في الحصول من أقوال الشهود ومن خلال تحقيقاتها، وكذلك من غيرها من المصادر، علي الأدلة التي تعينها علي حل غموض جريمة قائمة. ذلك أن ما هو محظور عليها، هو أن تنتقل من مرحلة التحقيق إلي مرحلة الاتهام من خلال تركيزها علي شخص معين بقصد الحصول علي إقراره بالجريمة<sup>(١)</sup>.

٧. أن مجرد احتجاز الأشخاص الذين تنور في شأنهم شبهة ارتكابهم للجريمة، وإحاطتهم بأجواء خائفة تسيطر الشرطة عليها، وينزلون فيها عن الاتصال بالآخرين، يشكل ضغوطا نفسية شديدة وطائها عليهم، ومألها في النهاية الإقرار بالجريمة حملا وقهرا، فلا يكون هذا الإقرار حراً. خاصة وأن الاحتجاز يتم في مكان خاص مغلق. وخصوصية المكان تعني سرية ما يدور فيه. ويتعامل رجال الشرطة مع المشبوهين بوصفهم مذنبين، ويركزون اهتمامهم علي بعض التفاصيل التي تحيط بالجريمة، وليس علي نسبتها إلي من يشتبهون فيه. ذلك أنهم يفترضون ارتكابهم لها، ولا يحظون بغير نقصي نوافعهم للوقوع فيها. ويحرصون كذلك علي تضليلهم من خلال التقليل من شأن الجريمة التي نسبوها إليهم، ويتخذون لذلك طرائق مختلفة من بينها إلقاء اللوم علي ضحية الجريمة، أو علي الجماعة كلها التي لم توفر لهم فرص العمل، أو الحياة الأمنة، أو الطفولة الهادئة، أو الظروف الملائمة للحياة.

وهم بذلك يضمون من يشتبهون فيهم في أجواء نفسية لا يستهدفون بها غير الحصول علي تفاصيل الجريمة التي قطعوا من قبل بأنهم مقارفوها. فإن أخفقوا في الحصول منهم علي هذه التفاصيل؛ فإن مودتهم الظاهرة تتحول إلي موجة عدوانية يعملون من خلالها علي انتزاع إقرار بالجريمة، ولو بطرق الخداع كإيهامهم المشتبه فيه، بأن أحد شركائه في الجريمة قد أقر بارتكابه لها.

٨٠٥- تلك صور لرجال الشرطة في ممارساتهم اليومية في التحقيق مع مشبوهين تحتجزونهم لديهم، ويوجدون معهم منفردين، ومعرضين لضغوطهم بما يقوض إرائتهم

(١) Hopt v. Uta, 110 U.S. 574 (1884); Mc Nabb. v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Anderson v. United States, 318 U.S. 350 (1943); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

Self-control essential to make a confession voluntary. فلا يريدون بأقوالهم غير تصور رجال الشرطة للجريمة. بل إنهم يفصلون ولقعاتها وفق صورتها في أذهان الشرطة الذين يتذرعون في أسلحتهم معهم بقدر كبير من الصبر والإصرار، ويحرصون على أن تكون أسلحتهم متتابعة حلقاتها، ترمقهم بنقلها، ويتوجهها للحصول على إقرار بالجريمة<sup>(١)</sup>.

إذا أخفقوا في ذلك، لجأوا إلى صور من الخداع والتحايل والتضليل كإعطائهم مشورة قانونية زائفة. وهم بذلك يخلون بتوازنهم، ويعمدون إلى إخافتهم وإزعاجهم، بما ينتظرهم من مصير.

ويتعاملون مع ضعفهم الناجم عن عزلهم عن الاتصال بالآخرين وdetention Incommunicado. بما يقيد حريتهم بصورة كبيرة. فلا تكون أجواء التحقيق غير محض شرو يواجها المشتبه فيهم ولا يستطيعون دفعها<sup>(٢)</sup>.

ولا يتصور في إطار هذه الأجواء التي تحيط بهم، والتي لا يلفونها، وتتسم من كافة جوانبها بمظاهر العداء، أن تصدر عنهم إرادة حرة. بل إن حملهم على الإقرار بالجريمة هو الأكثر احتمالاً، خاصة وأن ما يتوخاه المحققون من إحاطتهم بتلك الأجواء الضاغطة، هو إخضاعهم لإرادتهم. وليس ذلك إلا قهراً معنوياً، لا يقل في أثره شأناً عما يكون من صور القهر مادياً.

كلاهما ينال من كرامتهم ويعطل إرادتهم، ليكون القهر والحمل على الإقرار بالجريمة، عنصرين كامنين في أجواء الاحتجاز ومحيطها الخائق. وهو ما يتحضر حملاً على الشهادة بما يدينهم، ويناقض الحق في صون خواص حياتهم، والحق في احترامهم وضمنان تكامل شخصيتهم، وتحقيق التوازن من جهة بين الأفراد في ضعفهم، وبين الدولة المتسلطة من جهة أخرى والتي لا يجوز لها في مجال تطبيقها لخصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية، أن تحصل على دليل يربطهم بالجريمة التي تدعيها، ما لم يكن هذا الدليل ناجماً عن جهدها المشروع، وليس متأكلاً من أفواه أفراد حملوا على النطق بما لا يريدون.

خاصة وأن قهر إرادتهم يتم بوسائل تخفيها للشرطة، ولا تعلن عنها، لضمان سريتها. فلا يكون احتجازهم واستجوابهم إلا قرين الإكراه على الشهادة التي لا يريدون النطق بها، والتي يحملهم عليها -فضلاً عن الأجواء البيئية التي تحيط بهم في أماكن الاحتجاز- تخوفهم

(١) Ziang Sun Wan v. United States, 266 U.S. 1, 14 - 15 (1924).

(٢) Mc Nabb v. United States, 318 U.S. 332, 343 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 452 - 53 (1957).

من رجال الشرطة أنفسهم المتأهبين لاستعمال القوة عند الضرورة، فلا يكون أمام المستهدفين بالتحقيق، من خيار غير الإقرار بالجريمة.

ولا كذلك أن يكون محاموهم معهم، يثبتون الاطمئنان في نفوسهم، ويعينونهم على التخلص من خوفهم، فلا يقرون بغير ما يريدون.

### المطلب الخامس

#### حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق

٨١٧- ويتعين بالتالى، وقبل بدء التحقيق، أن يخطرهم المحققون بلغة واضحة لا لبس فيها ولا التواء، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين. ذلك أن هذا التحذير يعتبر شرطاً جوهرياً لاحتواء مخاوفهم. ويشترط أن يقرن هذا التحذير -ومؤداً أن من حقهم أن يظلوا صامتين- بإفهامهم أن ما ينطقون به بعد توجيهه، قد يؤخذ ضدهم كدليل.

وهو ما ينبغيهم إلى عدد من الحقوق:

أولها: أن من حقهم الامتناع عن الشهادة التي لا يرغبون في الإدلاء بها.

ثانيها: أنهم إن اختاروا النطق بها، فإن عليهم تحمل نتائجها.

ثالثها: أن حقهم في ألا يقرأوا بالجريمة، يخولهم رفض الإجابة على الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة أو غيرهم من اللقائمين على تنفيذ القانون، فإذا أصر هؤلاء على توجيهها إليهم ولم يقطعوها إذا كانوا قد بدعوا فيها، فإن أية أقوال يلون بها بعد تمسكهم بأن يظلوا صامتين، تعتبر ولقعة في إطار أوضاع الاحتجاز بصوتها وضغوطها In custody- interrogation. ولا يجوز بالتالى التعويل عليها. إذ يفترض صدورها في إطار إكراه لا تتحرر به الإرادة من عوامل التأثير فيها Constrained choice. ذلك أن نزول الأشخاص عن حقهم في ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم، لا يجوز أن يفترض، ولا أن ينتزع الدليل عليه، ولا أن يكون هذا الدليل متهافناً<sup>(١)</sup>، وإنما يتم التحقق من النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور وفق شروط ضيقة لها من شدتها ما ينقى النزول عنها بغير دليل قطعى.

ولا يجوز بالتالى القول بنزول المشبوه عن الحق في حضور محاميه، ما لم يكن قد عرض عليه محام للدفاع عن موقفه، ولكنه أثر مختاراً، ومدركا، أن يرفض هذا العرض. وتعتبر طول مدة استجوابه، وانقطاع وسائل اتصاله بالآخرين في إطار احتجازه، دليلاً قوياً

(١) Culombe v. connecticut, 367 U.S. 568 (1961) at 602.



على أنه لم ينزل عن الحق في ألا يتكلم بغير حضور محاميه. وهو ما يتحقق كذلك إذا قام الدليل على أنه هدد أو خدع. لا فارق في ذلك بين بيان يعتبر اعترافاً كاملاً ومباشراً بالجريمة، وبين إقرار يتعلق بأحد عناصرها أو ببعض أجزائها. ذلك أن حظر الشهادة التي يدلي الشخص بها قهراً ليدان بسببها، يشمل كل صور تجريم الشخص لنفسه بغض النظر عن درجتها.

ولا فارق كذلك بين إقرار بالجريمة ينسبها المقر لنفسه In-culpatory Statement، وبين إقرار بها ينسبها إلى غيره<sup>(١)</sup> Exculpatory Statement.

ذلك أن الإقرار الأخير كثيراً ما يتخذ دليلاً على عدم صدق الأقوال التي أدلى بها، وأن إلقاء التهمة على غيره لا يتوخي غير نفي تورطه في جريمة هو مسئول عنها.

### المطلب السادس

#### التحقيق في مرحلة الاحتجاز

٨٠٧- وكلما احتجز شخص في أحد مخاطر الشرطة أو في غير ذلك من الأماكن التي تنفذ فيها حريته الشخصية، فإن إقراره بالجريمة يتعين أن يؤخذ بقدر كبير من الحذر. ذلك أن كل تحقيق في مرحلة الاحتجاز، يحرك النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، فلا يكون نظاماً تقييماً على أي وجه أو في أية صورة. فالإقرار بالجريمة في مرحلة التحقيق وإن دل على أن المقر بالجريمة قد ارتكبها إذا كان إقراره إرادياً، إلا أن كل إقرار بالجريمة يتعين أن تعامله المحكمة بأكثر قدر من الصرامة. ذلك أنه وإن قيل بأن من المفترض ألا يقر الإنسان بارتكابه لجريمة ما لم يكن قد دخل فيها فعلاً حتى لا يعرض للخطر حريته أو مصالحه الجوهرية، إلا أن هذا الافتراض يسقط إذا كان الإقرار بالجريمة ثمرة إغواء أو نتائج تهديد صدر عن أحد القائمين بتنفيذ القانون، مستغلاً في ذلك آمال المشبوه في الحرية، ومخاوفه من تقييدها. فلا تنهياً بالأجواء التي يتم التحقيق فيها في هاتين الحالتين، الظروف المواتية التي يمكن معها القول بأن المشبوه كان واعياً بحقيقة ما فعل، ومدرراً دلالة إقراره بالجريمة<sup>(٢)</sup>.

(١) لم تتطور في الولايات المتحدة الأمريكية القاعدة التي تمنع قبول اعتراف المكره في المحكمة قبل القرن

الثامن عشر. أما قبل ذلك فكانت المحاكم تقبل حتى الاعترافات الناجمة عن التذيب

J. Wigmore, A treatise on the Anglo-American system of evidence, B 23 (3d ed) 1940.

(٢) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ولا يعتبر ذلك تعطيلًا لدور رجال تنفيذ القانون في مكافحة الجريمة، إذ يظل بوسعهم الحصول على المعلومات اللازمة في شأن الجريمة التي يحققونها إما من مسرح الجريمة ذاتها، ومن الظروف التي تلاعبها؛ وإما من أشخاص غير مقيدة حريتهم، معتمدين في ذلك على مهارتهم وخبراتهم.

وعلى ضوء المفاهيم المتقدم بيانها، يبطل كل إقرار بالجريمة صدر بعد تأخير غير مبرر Unnecessary delay في تقديم المشبوه لطابور العرض بعد القبض عليه<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن التحقيق في مرحلة احتجاز المشبوه وإن كان ضرورياً لتحديد ظروف الجريمة ومركبها، إلا أن استجواب المشبوه لا يجوز إذا تم في ظروف تعطل إرادة الاختيار عنده، فلا يفاضل واعياً بين الإقرار بالجريمة وبين ألا يجرم نفسه بنفسه. وما الإقرار بالجريمة إلا حالة عقلية يتعين أن تصفو من كل تأثير، وإلا كان هذا الإقرار قرين الإكراه. وهو إكراه يفترض في حق المشبوهين، ليس فقط من خلال تعذيبهم، وإنما كذلك عن طريق وسائل تكتيكية تحقق كامل آثاره، كالاستجواب المتواصل من قبل رجال شرطة مدربين يواصلون أسئلتهم التي يوجهونها إلى المشبوه، بطريقة لا انقطاع فيها، وهو في أيديهم يتخوف من بطشهم به إذا ظل صامتاً، فلا يكون إقراره بالجريمة غير النتيجة الحتمية لظروف الاحتجاز. ويتعين في هذا الصدد أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن النصيحة التي يقدمها المحامي لموكله بأن، ألا يدلي ببيان أو يرد على سؤال يتعلق بالقضية، قبل أن يتولى هو دراستها؛ لا يناقض حكم القانون. ذلك أن المحامين لا يتوخون غير تأمين مصالح موكلهم وفق علمهم، وبأقصى ما تأنن به قدراتهم<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن ما هو محظور على رجال الشرطة أن يتخذوه قبل المقبوض عليه أثناء تقييد حريته، ليس فقط تلك الأسئلة الصريحة التي يوجهونها إليه في أجواء الاحتجاز التي تؤثر في

(١) Upshaw v. United States, 335 U.S. 410 (1948).

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لم تحدد المدة التي يعتبر فيها هذا التأخير غير مبرر، إلا أن الكونجرس حدد أقصى هذه المدة بست ساعات بعد التحقيق.

(٢) ومن بين وسائل الإقاعاع هذه أن يوجه رجل الشرطة حديثه إلى المشتبه في قتله لفتاة بعد خطفها، والتي لم يشعر على أشر لجنتها، أن حكم الدين يقتضي أن تدفن هذه الفتاة بطريقة ملائمة، وألا تظل جثتها في العراء نهبا للطيور الجارحة تهشها. فإذا كان رجل الشرطة يعلم أن المتهم عميق التدين، وأنه تمسك بصدق الحديث في غير حضور محامي، فإن توجيه الحديث إليه على النحو المتقدم لاستئارة مشاعره الدينية، يعتبر من وسائل الإقاعاع غير المسموح بها. فإذا أرشدهم المشتبه فيه بعد ذلك عن جثتها، فإن ذلك لا يعتبر دليلاً ضده.

إرادته إلى حد كبير، وإنما كذلك وسائل الإقناع المختلفة التي يرمون بها إلى انتزاع الإقرار بالجريمة في محيط الاحتجاز الخائض Custodial Setting، ولو لم ترق إلى حد الأسئلة المباشرة، بشرط أن تكون وسائل الإقناع هذه، لها قدر من التأثير على إرادة المقر بالجريمة، ولو تم هذا التأثير من خلال أقوال أو أفعال يدلي بها رجال الشرطة أو يباشرونها في مواجهة المشبوه، كلما كان ينبغي عليهم عقلا أن يدركوا قدر تأثيرها في إرادة المقر، ولما كانت نواياهم بشأنها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن أجواء الاحتجاز التي تحيط للشرطة بها المعتقل لديها، والتي تتوافر بها عوامل الضغط التي تؤثر في إرادته، وتحمله على أن يقر بجريمة ما كان يشهد بارتكابها في ظروف مختلفة، لا يجوز خلطها بالأحوال التي يكون فيها المعتقل متواجداً مع آخر في مكان احتجازه، ويتبادلان حواراً ودياً بينهما يقوم على اطمئنانهما لبعض. ذلك أن تواجدهما معا بعيداً عن سطوة الشرطة وقسوتها، يبدد مخاوفهما. فإذا أقر أحدهما لثانيهما بالجريمة التي ارتكبتها، فإن هذا الإقرار يجوز أن يؤخذ دليلاً ضده، ولو لم يكن المقر يعلم أن من اطمأن إليه ووثق فيه، عميل للشرطة تخفي وراء شخصية أخرى<sup>(٢)</sup>.

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن المقر بالجريمة ما كان ليدلي بحديثه عنها إلى الشخص الآخر، لو كان يعلم حقيقة أمره. وإنما هي أعمال خداع Deception. وجهها عميل الشرطة بمهارة، متوخياً بها انتزاع هذا الإقرار Manipulation فلا يكون الإقرار بالجريمة غير نتاج هذا الإقناع.

### المطلب السابع

#### جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة

٨٠٨- علي أن القواعد المتقدمة جميعها، لا يجوز تطبيقها بطريقة جامدة صماء. إذ لا محل لتطبيقها كلما دل الحال على أن ظروفها ضاغطة تقتضي التحلل منها من أجل توقي مخاطر الإضرار بالسلامة العامة Public Safety.

ويفترض هذا الاستثناء، ضرورة التمييز بين نوعيتين من الأسئلة التي توجهها الشرطة إلى المقبوض عليهم من المشبوهين.

(١) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1920).

(٢) Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966).

أولاهما: أسئلة غايتها إدانتهم بالجريمة Ascertaining the suspect's guilt. وهذه لا يجوز توجيهها إليهم إلا بعد تعريفهم بالحق في أن يظلوا صامتين؛ وأن الأقوال التي يملون بها يجوز أن تؤخذ دليلاً عليهم أمام القضاء؛ وأن من حقهم الحصول على عون محام قبل أن يتكلموا.

ثانيتهما: أسئلة يجوز توجيهها إليهم دون تعريفهم بحقوقهم المشار إليها. وذلك كلما كان هدفها توقي مخاطر قد يلحقونها برجال الشرطة أو بآخرين Protecting Public's safety.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا هاجم نفر من المشبوهين، مكانا يتردد الناس عليه؛ ثم أخفوا الأسلحة التي استخدموها في تهديد المتواجدين فيه. ذلك أن مخاطر إطلاق نيرانها عليهم تظل قائمة إذا لم تعلم الشرطة بمكان إخفائها. فإذا سألتهم عن هذا المكان توفيقاً للمخاطر التي قد تنجم عن احتمال استعمال هذه الأسلحة من جديد ضد من يصادفونهم من العابرين، فإن تأمين سلامتهم تكون هي المصلحة التي تروبو فائدتها على مصلحة المقبوض عليهم في ألا يملوا بأنفسهم بشهادة قد تدينهم<sup>(١)</sup>.

وقد انتقد بعض القضاة تقرير هذا الاستثناء، وقرروا أن الأقوال التي يذلي المشبوهون بها عن مكان إخفاء أسلحتهم، مساوية في الأثر لأقوالهم التي يملون بها في أجواء الاحتجاز، لأنها تدينهم في الحالتين بالمخالفة للدستور. ويتعين أن يطبق في شأنها حكم الدستور، وإبطالها بالتالي لاتطوأتها على حمل المشبوهين على الإقرار بما لا يريدون<sup>(٢)</sup>.

• The privilege against self- incrimination

### المطلب الثامن

#### الحقوق التي لم يلفت نظر المشبوه إليها

٨٠٩- وينبغي أن يلاحظ كذلك أن كل تحذير للمشبوه بأن يظل صامتا، وأن الأقوال التي يذلي بهاد قد تؤخذ دليلاً ضده أمام القضاء، وأن من حقه أن يحصل على عون محام إن أراد، لا يتوخي غير تبديد مظنة قهره على الشهادة التي قد يذلي بسببها. فإن لم يتم تحذيره على النحو المتقدم، قام افتراض القهر على أداء هذه الشهادة، وبطل بالتالي كل دليل يكون من ثمارها The fruits.

(١) New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

(٢) انظر في الرأي المخالف لقضاء المحكمة في القضية المشار إليها، آراء كل القضاة مارشال وستيفنس، وبرينان.

ولكن الأمر جد مختلف إذا أغفل رجال الشرطة ابتداء تحذيره علي النحو المتقدم، ثم عادوا إلي تنبيهه إلي الحقوق التي يملكها وفقا لل دستور. ذلك أنه بينما يبطال كل دليل تأتي من الأقوال التي أُلقي بها قبل تحذيره، فإن تنبيهه من جديد إلي حقوقه الدستورية، يخوله أن يقر بالجريمة أو ألا يقر بها دون ما ضغط أو إكراه من القائمين بالتحقيق. فإذا اختار أن يقر بالجريمة في غير حضور محاميه، تحين أن يكون هذا الإقرار إداريا وقاطعا في دلالته، ومنطويا كذلك علي اختياره إسقاط حقه في الحصول علي مشورة محام يعينه علي أمره، ويوجهه إلي الطريق الأفضل لدعم موقفه<sup>(١)</sup>.

### المطلب التاسع

#### آثار التحصل غير المشروع علي الدليل

٨١٠- وكلما تم التحصل علي دليل بطريق غير مشروع، فإن هذا الدليل لا يجوز استخدامه ضد المتهم، ولو أُلقي الشهود الذين أُلقي بهم بشهادة مزورة Perjury statement. ذلك أن تزوير هذه الشهادة، لا يمسوغ اعتماد النيابة العامة علي دليل كان أصلا باطلا. فضلا عن أن اعتمادها علي الدليل الباطل لمجرد أن شهود الدفاع كلهم أو بعضهم، كانوا مزورين، مؤداه تخويفهم من الشهادة وحملهم علي العدول عنها لاحتمال تعارضها -ولو في بعض جزئياتها- مع الدليل الباطل. وقد يتردد شهود الدفاع -ولمجرد تخوفهم من أن تتخذ الشهادة التي يدلون بها، موطئا لتجريمهم، ولو كان هدفهم مجرد إظهار الحقيقة- في المثل أمام هيئة المحلفين، وتقديم الأدلة النافية لجريمة المتهم. فلا تبني الحقيقة كاملة أو واضحة أمام هذه الهيئة.

كذلك فإن اعتماد الدليل الباطل إذا أُلقي شهود الدفاع بشهادة مزورة، مؤداه أن تبذل النيابة جهدها لإيقاعهم من خلال أسئلتها المتلاحقة أو المعقدة، التي قد يجيبون عنها زورا بناء علي سوء فهمهم لها أو خطئهم في تقدير عواقبها.

وأخيرا فإن الشهادة الزور لا تخول أحداً مقابلتها بالدليل الباطل لإظهار نواحي اختلافها مع هذا الدليل. لأن في ذلك إعمالا لأثره بالمخالفة للدستور.

وإذا قيل بأن المحاكمة الجنائية لا تتم علي الوجه الأكمل إلا إذا أحاطها ضوء الحقيقة، إلا أن الحقيقة التي يعتد بها في هذا المقام، هي الحقيقة القانونية التي تحدد الأدلة التي يجوز

(١) Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

قبولها، وذلك التي يجب قمعها The suppression of evidence لمخالفة طريقة جمعها  
للمتور<sup>(١)</sup>.

---

(١) James v. Illinois, 493 U.S. 307 (1990).

### الفصل السابع

#### المحاكمة الجنائية المنصفة

#### المبحث الأول

#### التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة

٨١١- تعمل السلطة جاهدة على إيقاع المذنبين في يد العدالة، وهي تتخذ قبل محاكمتهم تدابير مختلفة تتغيا بها معرفتهم، كالوسائل العلمية المنهجية التي تطبقها للعثور على بصماتهم وتحليل دمائهم وفحص ما تركوه في مسرح الجريمة من آثار كأداة القتل، وما نطقوا به أثناء ارتكابها، وطريقة تصرفهم التي شوهدوا عليها، وملاحم وجوههم ولو أخفوها وراء قناع. وهي تعتبر هذه التدابير جميعها -وأغلبها من طبيعة علمية- مجرد مراحل تحضيرية غايتها القبض على الجناة الفارين، ولو غيروا من مظهرهم لتضليل العدالة حتى لا تجد طريقها إليهم.

وليس أمام القائمين على تنفيذ القانون بالتالي غير رصد المشبوهين وتقبهم للقبض عليهم. ويفترض ذلك تحديد شخصياتهم، من خلال تدابير علمية يتخذونها، كتحليل دمائهم في مسرح الجريمة وأدواتهم التي ارتكبوها بها، وحصر بصماتهم ورفعها وضبط أقتعتهم التي خلفوها، وأجزاء ملابسهم التي انتزعتها أظافر ضحيثهم، وبعض ملابسهم التي أخفوها.

وهذه الوسائل العلمية تسهل دائما مناقشتها وحض كل دليل تأتي منها. ذلك أن التقنية العلمية معروفة أنواتها، ومعلوماتها متاحة بصورة كافية لعدد غير قليل من المعنيين بها. والمغايرة في مناهجها محدودة، وللمحامين مواجهتها بصورة جادة بعد توجيه الاتهام. ولا يحتاجون بالتالي إلى المتول مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تتم فيها هذه التحاليل العلمية. ذلك أنهم يستطيعون التكليل على عكسها أمام المحكمة من خلال خبراء يستقدمونهم، ويعرضون عليهم هذه التحاليل، ويطلبون منهم إيداء رأيهم فيها. فإذا أثار هؤلاء شكوكا خطيرة حول صحتها، لم يجز الاعتماد على نتيجتها.

ولا كذلك المرحلة الحرجة السابقة على المحاكمة والتي تقوم على رص المشبوهين الذين يعتقد بإسماهم في الجريمة -في طابور عرض Identification Parade- مع آخرين لا شأن لهم بالجريمة المدعي ارتكابها حتى إذا ابصر شهود عيانها أفراد هذا الطابور Lineup، وكان من بينهم من رأوه على مسرحها، عرفوه إما لكلمة نطق بها، أو لطريقة مشي اختص بها، أو لملاحم قاسية ظهر بها على مسرح الجريمة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك:

Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977).

وتبدو خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طاבור العرض، أن ضحية الجريمة -علي الأخص في جرائم العرض- قد يكون هو شاهدها الوحيد، فيحدد مندفاً وبصورة خاطئة، وعلي ضوء ثورة غضبه، أو لتهور يتم به، شخصاً معيناً باعتباره مرتكبها.

وقد دل الإحصاء علي أن تحديد شخصية المتنبيين من خلال طابور العرض المتقدم، كان دائماً عملاً محفوقاً بالمخاطر، وكثيراً ما أساء إلي العدالة ذاتها من خلال إدانة أبرياء ألقموا ظلماً في الجريمة نتيجة خطأ في الشهادة عليهم، خاصة وأن شهود العيان يختلفون فيما بينهم في حدة البصر، وعمق القيم الخلقية، وقوة الذاكرة أو وهنها، ودقة ملاحظاتهم أو عشوائية. وقد يتوهمون أشياء لا وجود لها، وإنما صورها لهم الخيال. وقد يجزمون بوقوع الجريمة، وبرؤيتهم لمرتكبها ليلاً وهم كاذبون. وقد ينسبونها تحاملاً إلى من يبغضون.

كذلك فإن طريقة إعداد رجال الشرطة لطابور العرض، قد يكون لها أثر في توجيه شهود العيان، خاصة إذا أعقبتها ملاحظة أو كلمة أو إشارة موحية. فلا يختار شهود هذا العرض تغيير الشخص الموحى إليهم به -ولو كان بريئاً- ليساق إلي المحكمة بعند بوصفه متهماً، وعلي الأخص إذا أشار إليه شهود العيان في مرحلة المحاكمة ذاتها، وقرروا أنه كان فاعلاً لا شريكاً في الجريمة.

وتدل التجربة علي أن هؤلاء الشهود قلما يتراجعون عن رأيهم، ولو أدركوا خطأهم في قرارة أنفسهم. وكلما أعد طابور العرض في غير حضور محام يمثل المشتبه فيه، فإن طريقة إعداده تكون سرا مغلفاً. ويتعذر علي المحامين بالتالي -في إطار هذه الأوضاع- أن يقفوا علي الكيفية التي تم بها اختيار المعروضين، ولا على طريقة صفهم، ولا أن يعيدوا بناء طابور العرض بالصورة التي تم بها.

وقد يواجه شهود العيان المشتبه فيه وحده، وليس من خلال طابور عرض يختلط فيه مع آخرين. ومخاطر الإيحاء واحدة في الحالتين.

وفي كثير من الأحوال لا يقدّر الشهود، مخاطر تعرفهم علي الجناة، ولا يفتنون إلي الحيل التي توحى لهم بأشخاصهم. والمشبوهون أنفسهم لا يدركونها، ولا يبصرون وسائلها؛ ولم يدربوا علي فهمها وقدّر تأثيرها علي هؤلاء الشهود<sup>(١)</sup> Suggestive Influences.

(١) Neil V. Biggers, 409 U.S. 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98, 107 - 14 (1977).



٨١٢- كذلك فإن احتجاجهم أثناء المحاكمة على الطريقة التي تم بها إعداد طاوور العرض، أو مواجهتهم منفردين بشهود العيان، غالباً ما يكون عديم الفائدة.

ذلك أن المحلفين يقابلون بين كلماتهم وكلمة رجال الشرطة الذين تفترض حيديتهم فيما أجروه.

ومن ثم يتحدد مصير المشبوهين بعد اتهامهم -لا من خلال المحاكمة ذاتها- وإنما عن طريق المواجهة السابقة عليها بينهم وبين شهود العيان *Pretrial Confrontation* ؛ وبينهم وبين الدولة بأجهزتها الشرطية؛ وبينهم وبين المحلفين بعد أن حكم عليهم هؤلاء الشهود بأنهم الجناة، ولو كان الشهود حسني النية، وكانت الشرطة لم تعتد الأمور بحيلها الموحية.

ذلك أن مصير المتهمين بالجريمة قد تحدد سلفاً في المرحلة الحرجة السابقة على اتهامهم *Past indictment lineup*، والتي افتقدوا فيها عون محاميهم، شأن احتياجهم لهذا العون في هذه المرحلة الحرجة *Critical stage* شأن احتياجهم لمحاميهم أثناء المحاكمة.

بل إن حاجتهم إليهم في المرحلة الحرجة السابقة على محاكمتهم *Out- of- Court lineups* قد تكون أشد، لأنها تحمل في ثناياها عناصر إدانتهم بالجريمة<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن يكون مفهومها أن المرحلة الحرجة التي يتعين حضور محام فيها، هي التي يجوز عقلاً اعتبارها جزءاً من المحاكمة ذاتها. ذلك أن عون المحامي إذا لم يقدم في هذه المرحلة، فإن جهده في تعزيز مركز موكله سيكون بالضرورة أقل من أن يكون كافياً<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي أن يعمل المحامون في تلك المرحلة مع موكلهم، وأن يخطروا سلفاً بعزم الشرطة على صفهم مع آخرين في طاوور العرض، ليكون حضور هؤلاء المحامين معهم شرطاً لعرضهم على شهود الجريمة، إلا إذا أسقط المشبوهون حقهم في ذلك بإرائهم الحرية. ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين يعرقل مواجهة المشبوهين بشهود العيان.

ذلك أن هذا الحضور ظل مطلوباً في المحاكمة الجنائية ذاتها دون أن يرمي المحامون بتعطيل إجراءاتها. ومن غير المتصور أن يكون حضور المتهمين مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي يواجهون فيها شهود الجريمة، معطلاً تنفيذ للقانون. ذلك أن وجودهم ينقيها من شوائبها ويكفل حصول النيابة العامة على أدلة للجريمة لم تتعرب إليها نقائص تصدها،

(١) *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967); *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) *United States v. Ash*, 314 U.S. 300 (1973).

ولا يعطل كذلك تقديم الجناة الحقيقيين إلى العدالة. وإنما يكون حضور المحامين مع المتهمين في طايور العرض Show ups الضمانة التي تكفل اتهام المذنبين وفق الدستور والقانون.

وتظهر خطورة عرض المتهمين مع غيرهم في طايور واحد يضمهم، ودعوة شهود الجريمة لتحديد من يكون من بينهم مرتكبا لها، في أن تشخيصهم علي هذا النحو، يتوخي ربطهم بالجريمة أثناء محاكمتهم عنها بوصفهم مسئولين عن ارتكابها.

فإذا لم يكن لديهم محام أثناء عرضهم في هذا الطابور، فإن انتقاده للطريقة التي تم بها -وهو لا يعرفها- يكون غير مؤيد بدليل.

ويتعين بالتالي أن يكون حضور المحامين مع موكلهم شرطا دستوريا لجواز العرض حتى يبقوا علي أسلوبه، وعلى مظاهر تأثير الشرطة علي شهود الجريمة، ما كان منها مقصودا أو غير مقصود؛ وإلا اختل التوازن بين سلطة الاتهام في مجال اعتمادها -أثناء المحاكمة- علي نتيجة طايور العرض، وبين المحامين في مجال نفي صحتها بعد أن حيل بينهم وبين حضوره، والنظر في كفيته، ومظاهر التأثير فيه.

ويتوخي تحقيق هذا التوازن، أن يكون تشخيص شهود الجريمة لمرتكبها موضوعيا، وأن يكون تعريفهم عليهم أثناء المحاكمة قائما علي مصدر مستقل An independent origin عن شهادتهم في طايور العرض إذا كان معيبا. ويدخل في تقدير ذلك مجموعة من العوامل أهمها ما إذا كان الشاهد قد توافرت لديه فعلا، فرصة البصر بالجاني وقت الجريمة، ودرجة انتباه الشاهد وقت رؤيته للجاني، ومدي دقته في وصفه لملامحه؛ وقدر تيقنه من الجاني وقت تعرفه عليه في الطابور؛ والفترة الزمنية المنقضية بين وقوع الجريمة، ومواجهة الشاهد للجاني؛ ووجه التقاض بين أقوال الشهود الذين تعرفوا عليه؛ والصورة التي أعطاهها المتهم لما تم فيه؛ وما إذا كان شخص آخر قد شهد الجريمة وشخص جنايتها قبل عرضهم عليه؛ وما إذا كان تحديد هؤلاء الجناة قبل صفهم في طايور العرض، قد تم بعد عرض صورهم علي شهود الجريمة؛ وما إذا كان هؤلاء الشهود قد أخفقوا في هذا التحديد في مرحلة سابقة<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز أن تأخذ المحكمة بأحد هذه العوامل أو بعضها دون البعض الآخر. ذلك أن دلالتها لا تتحدد إلا على ضوء مجموع الظروف التي تحيطها. فإذا قام الدليل على أن الظروف التي أحاطت بالتعرف على المتهم لها من واقعها ما يرجح تدبيرها أو تطرق الخل

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967); Simmons v. United States, 390 U.S. 377 (1968); Foster v. California, 394 U.S. 440 (1969); Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

إليها بصورة جوهريّة A Substantial likelihood of misidentification، تعين عدم الاعتماد عليها<sup>(١)</sup> وعلى الأخص ما كان من هذه العوامل قائماً على صور من الإحياء بعثتها الشرطة في الشهود، ووجهتهم بها وجهة بذلتها تقنعهم بأن شخصاً معيناً هو من أتى الجريمة. ذلك أن حضور المحامين مع موكلهم لم يعد مقصوداً على تقديم العون لهم في مسائل القانون وحدها خاصة بعد تطور وسائل التحقيق ووجود للشرطة المنظمة التي تحذر معها الفصل بين ما يعتبر واقعاً وما يدخل في مسائل القانون<sup>(٢)</sup>.

٨١٣- وصار لازماً بالتالي أن نقرر أن تعيين شهود الجريمة للجناة الذين صفتهم الشرطة مع غيرهم في طايور عرض، يعتبر عملاً مخالفاً للمستور وباطلاً، كلما تم عرض المشبوهين في هذا الطابور في غير حضور محاميهم.

وإذ يحدد شهود الجريمة من قارفوها على النحو المتقدم، فإن تعيينهم لمرتكبيها يكون ثمرة إجراء باطل. ويلحق هذا البطلان كذلك تعرفهم عليهم في قاعة المحاكمة، كلما قام الدليل على أن شهادتهم الجديدة، تبلور نتيجة العرض الباطل. وهي بعد قاعدة ينطبق حكمها ليس فقط على كل طايور لا يكون المشبوهون المعروضون فيه غير ممثلين بمحام عنهم، وإنما كذلك في كل مواجهة فردية بين المشتبه فيه في غير حضور محاميه؛ وبين شاهد عيان الجريمة.

A face to face encounter between the witness and the suspect.

٨١٤- علي أن الأوضاع الملحة التي يجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، قد تقتضيه أحياناً عرض المشتبه فيه -وقبل حضور محاميه- علي من شاهد الجريمة. فلو أن شخصاً طعن سيده طعنة نافذة في صدرها مما اضطرها إلى إجراء عملية خطيرة ألقعتها في المستشفى، وكان رجال الشرطة في صراعهم مع عامل الوقت، وتصبوا لوفاء المجني عليها قبل عرضها علي المشتبه فيه، قد اصطحبوه إليها في مكان علاجها، وحصلوا منها علي ما يفيد أن من عرضوه عليها هو من طعنها. ثم شهد رجل الشرطة والمجني عليها بذلك أمام المحكمة، فإن تعرفها علي المشتبه فيه، يكون موافقاً للمستور بالنظر إلى الأوضاع الملحة التي

(١) Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972).

(٢) ولا يكفى بالتالي أن يفت المتهم مع محاميه في مرحلة المحاكمة، بل يتعين أن يتم ذلك في أية مرحلة من الاتهام رسمياً أو غير رسمي، داخل المحكمة أو خارجها كلما كان غياب المحامي مؤدياً إلى الاضرار بحق المتهم في محاكمة منصفة. ولا تعتبر المحاكمة كذلك إذا أُضير المشبوه في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تؤثر في مصيره بدرجة خطيرة أو تجعل من المحاكمة ذاتها مجرد شكل بلا مضمون Mere formality.

وجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، خاصة وأن المجني عليها كانت هي الشخص الوحيد الذي أبصر الجاني، ولأنه ما كان يوسعها أن تعان الجاني في مكان احتجازه بالشرطة، وذلك بالنظر إلى خطورة إصابتها التي قد تلقى حتفها بسببها، فلا تصل الشرطة قط إلى الجاني إذا لم تسمع فوراً أقوالها في المستشفى<sup>(١)</sup>.

---

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967).

المبحث الثانيالإفراج قبل المحاكمةPretrial Release

٨١٥- عادة ما يوفر النظام القضائي في الدولة للأشخاص الذين قبض عليهم وينتظرون صدور قرار الاتهام في شأن جرائمهم، فرصة الإفراج عنهم بوسائل مختلفة يدرج تحتها إطلاق الشرطة لسراحهم فوراً إذا كانت الجريمة التي ارتكبوها نافذة، فإذا كانت جريمتهم من الجرائم الخطيرة؛ وكان قرار الاتهام قد صدر؛ فإن الإفراج عنهم يكون بكفالة يقدمونها لإطلاق سراحهم حتى الفصل نهائياً في قضيتهم. بيد أن هذا الإفراج لا يجوز كلما كان تدبيراً وقائياً Preventive detention خوفاً من احتمال عينتهم بأدلة الجريمة، أو التأثير في شهودها، أو بالنظر إلى خطورتهم التي يرجح معها احتمال ارتكابهم لجرائم جديدة إذا ما أطلق سراحهم، بما يهدد أمن مجتمعهم، أو يلحق مضار جسيمة بأشخاص بنواتهم يعد هؤلاء المجرمون إلى تصفية حساباتهم معهم لضغائن قديمة، أو لوشايتهم بهم أو انقلاباً عليهم.

ويظل الحق في الإفراج عنهم قبل المحاكمة-حال انتفاء مخاطره- مشروطاً أصلاً بإمكان تقديمهم تأميناً يكفل ظهورهم أمام المحكمة إذا طلبتهم، وتنفيذ العقوبة المحكوم عليهم بها إذا أدينوا بالجريمة<sup>(١)</sup>. ويعتبر هذا التأمين -مع جواز مصادراته حال الإخلال بشروطه- ضماناً إضافياً لحضورهم. وكلما جاوز مقدار هذا التأمين الحدود المنطقية التي تكفل الوفاء بمثلهم أمام المحكمة التي تستدعيهم وتنفيذ العقوبة التي تحكم بها عليهم، فإن مبلغها لا يكون معقولاً متوخياً تعجيز المتهم عن دفعها، ومخالفاً للمستور بالتالي Excessive bail. وعلي المحكمة أو النيابة العامة بالتالي، أن تحدد مبلغها منظوراً في ذلك إلى كل حالة علي حدة<sup>(٢)</sup>.

٨١٦- وعادة تحيط السلطة التشريعية الإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم بشروط ضيقة بالنظر إلى تصاعد عدد الجرائم التي يرتكبوها بعد إطلاق سراحهم، وحتى لا تفرج المحكمة أو النيابة عنهم إذا كانوا يمثلون خطراً حقيقياً علي آخرين، فيما إذا قبلت كفالتهم.

وعلي ضوء هذه الشروط لا يجوز أن تقرر النيابة أو المحكمة حبس متهمين حبساً احتياطياً أو وقائياً، إلا بعد سماع أقوالهم. فإذا ظهر لها بعند رجحان فرارهم من قبضتها فيما

(١) Stack v. Boyle. 342 U.S. 1, 4 (1951).

وفى هذه القضية، تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، إن الحق التقليدي في الحرية قبل الإدانة، يكفل الحق في الدفاع غير المعلق، وحظر توقيع عقوبة قبل الإدانة. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة قبل الإدانة، فإن افتراض البراءة الذي تحصلنا عليه بعد قرون من الفضل، يفقد معناه.

(٢) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988) at 754.

لو أفرج عنهم، أو أن خطراً داهماً قد يلحق آخرين من جراء ولوغهم في الإجرام بعد إطلاق سراحهم، فإن حبسهم احتياطياً يكون ضرورة لا مفر منها.

ولكل من هؤلاء بالتالي الحق في طلب محام يكون إلى جانبهم أثناء النظر في طلبهم الإفراج عنهم، وأن يأتي بشهوده، وأن يقدم ما يراه من الأدلة التي يعزز بها موقفه، وأن يواجه شهود النيابة ويجرحهم.

ولا يجوز للنيابة أو للمحكمة أن ترفض طلبهم الإفراج عنهم، سواء بالنظر إلى خطورتهم أو لرجحان هروبهم، إلا بعد أن تكون ذلك في قرارها أو حكمها مؤيداً بأدلة واضحة ومقنعة. ولا يجوز كذلك النظر إلى سلطة الحبس الاحتياطي باعتبارها سلطة مطلقة، إذ هي مقيدة بأغراضها، وبالضرورة التي توجهها، وأهمها طبيعة ودرجة خطورة الجريمة التي ارتكبتها الجناة، وخلفيتهم، وخصائص تكوينهم، وماضيهم في الجريمة، ونزوعهم إليها، وقدر الإصرار على اللولوغ فيها. وعلي ضوء هذه العوامل تقرر النيابة أو المحكمة الإفراج عنهم، أو بقاءهم محبوسين احتياطياً.

وإمراعاة أن حق المتهمين في الحرية قبل إدانتهم، مؤداه استصحابهم الأصل فيهم، وهو افتراض براءتهم<sup>(١)</sup>.

فإذا كان قرارها باستمرار حبسهم، تعين أن يكون طريق الطعن فيه استئنافياً مفتوحاً. فذلك وحده ضمان موازنة الحرية بمصلحة الجماعة. ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن حرمان الناس من حريتهم لا يجوز أن يتم على ضوء احتمال ارتكابهم مستقبلاً لجريمة أيا كان نوعها؛ وأن مصائر الناس لا تحددنا غير أفعالهم التي قارفوها بالمخالفة للقوانين الجزائية؛ إلا أن هذه القاعدة لا تصدق بالنسبة إلى شروط الإفراج عن المتهمين التي يضعها المشرع، والتي يحدد على ضوئها في صورة منضوية، قواعد الإفراج عن المحتجزين في السجون.

ذلك أن شرط الوسائل دعوية السليمة يكفل حماية الأشخاص في حريتهم وأموالهم في مواجهة خطرين يتأتيان من السلطة وعمالها:

أحدهما من طبيعة موضوعية Substantive due process تمنعها من التدخل في حياة الأفراد وحرياتهم وأموالهم على نحو يصادم الضمير العام، أو يخل بالحقوق المندرجة ضمناً في إطار الحرية المنظمة.

(١) Stack v. Boyle 342 U.S. 1 (1951)

وثانيتهما من طبيعة إجرائية لا يجوز بحثها قبل التحقق من توافر العناصر الموضوعية لشرط الوسائل القانونية السلمية.

بما موداه أن الوسائل القانونية التي تتوافر لها ضوابطها الموضوعية، تظل بحاجة إلى متطلباتها الإجرائية *Procedural due process* كشرط لسلامتها. ذلك أن تدخل السلطة في حياة الأشخاص أو في حرياتهم أو في أموالهم، لا يكون معقولاً ما لم يتم بطريقة منصفة *In a fair manner*. وغير صحيح ما يقال من أن الشروط الضيقة للإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم، تناقض الوسائل القانونية السلمية في جوانبها الموضوعية بالنظر إلى انطوائها على عقوبة تفرض عليهم قبل إدانتهم.

ذلك أن قواعد هذا الإفراج من طبيعة تنظيمية وليس مضمونها عقابيا. فضلاً عن أن مجرد احتجاز بعض المتهمين في حبسهم، لا يدل بالضرورة على قصد عقابهم. وإنما تتحدد الطبيعة التنظيمية أو العقابية لشروط الإفراج على ضوء ما عنده المشرع بها وتوخاه منها. فكلما قام الدليل على أن غرض المشرع من تنظيم معين، ليس عقابيا، وأن هذا التنظيم يتوخى أغراضا مختلفة، فإن هذه الأغراض وحدها هي التي يتعين التقيد بها كي ننظر بعينها فيما إذا كان للقواعد التي يقوم عليها هذا التنظيم، صلة منطقية بالأغراض التي استهدفتها، أم أنها دخيلة عليها ولا تكفل تحقيق أهدافها<sup>(١)</sup>.

٨١٧- والبيان من استقراء النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع الإفراج عن المتهمين، أنها لا تتمحور عقابا للخطرين منهم. وإنما توخي المشرع درء المخاطر التي قد تنجم عن إطلاق سراحهم. وتلك مصلحة اجتماعية ملحة لا نزاع فيها.

والأصل كذلك ألا يصدر القرار بحبسهم احتياطيا إلا في الجرائم الخطيرة كجرائم الاتجار في المواد المخدرة أو الخطورة والجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد- وبعد سماع أقوالهم، وألا يرزج بهؤلاء المحبوسين مع الأشقياء المارقين، وإنما يعزلون عنهم في أماكن مستقلة قدر الإمكان.

(١) أخذ الحق في الكفالة للإفراج عن المتهم، من وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا يعني هذا الحق وجوب الإفراج بكفالة في جميع الصور، ولكن فقط الحق في عدم المفالة في الكفالة في الأحوال التي يكون من الملائم منحها.

٨١٨- ويتعين في كل حال أن تكون مدة الحبس الاحتياطي محدودة، فلا يستطيع زمنها إلى حدود غير منطقية. ولا يتقرر الحبس الاحتياطي - ولو كان تشريعياً واقعاً في حدود معقولة - بغير رقابة قضائية.

٨١٩- ولا يجوز كذلك أن يقال بأن رفض الإفراج عن المتهمين هو إخلال بشرط الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية بما يقوم عليه هذا الشرط من عدم جواز تدخل السلطة في حرية الأشخاص وحبسهم احتياطياً قبل أن يصدر حكم بإدانتهم عن الجريمة التي اتهموا بها. ذلك أن السلطة بوسعها في بعض الأوضاع، أن تقيد من حرية الأشخاص قبل محاكمتهم وإدانتهم، أو حتى بدون محاكمة.

ولا شبهه في أن للدولة مصلحة محققة مشروعة وقاهرة- في مكافحة الجريمة سواء كان المقبوض من البالغين أو القصر، خاصة إذا كان هؤلاء قد ارتكبوا جرائم بالغة الخطورة، وكان راجحاً إقدامهم على جرائم مثلاً ضد مجتمعهم بعد الإفراج عنهم. ويتعين بالتالي لجواز الحبس الاحتياطي، أن تقدم سلطة الاتهام سبباً معقولاً للتدليل على أن المتهمين قد ارتكبوا الجريمة التي نسبتها إليهم، وأن يتم سماع أقوالهم في إطار نظم اختصاصية بمعنى الكلمة، وأن تشمل النيابة فوق هذا على إقناع الجهة القضائية المحايدة، بأن الإفراج عنهم يمثل خطراً على أمن الجماعة أو سلامة آخرين.

وتلك مصلحة تروبو على مصلحة الفرد في الحرية، وتقتضي من الدولة أن تبذل جهدها -ومن أجل مكافحة الجريمة- حتى تجرد من ينزعون إليها أو يقدمون عليها من أسلحتهم التي يهددون آخرين بها. ذلك أن مصلحة الجماعة في ضمان أمنها، تقتضيها فرض الاستقرار في إقليمها، ليس فقط في زمن التوتر والعصيان وإبان الأعمال الحربية، بل كذلك فيما وراءها إذا تطلبتها ضرورة مواجهة الخطرين الذين يعيثون بمصالحها.

وفي إطار هذه الظروف، لا يكون الاحتجاز السابق على المحاكمة، منافياً أصلاً قيم العمل الفاعلة جنورها في ضمير الجماعة، والتي لا يجوز التفريط فيها.

وليس احتمال نزوع المتهمين الخطورين إلى الجريمة مرة ثانية وانغماسهم فيها إذا ما أفرج عنهم، تنبؤاً مستحيلاً. كذلك اتخاظهم مستقبلاً فيها ينبغي أن يكون احتمالاً راجحاً، وألا يتقرر بالتالي من فراغ، ومما علي ضوء نظرة موضوعية تحققها الجهة القضائية المحايدة التي تفصل في أمر إبقاء المتهمين محبوساً أو إطلاق سراحهم. وتتحقق هذه النظرة المحايدة- وعلى الأخص- كلما كان للمتهمين المحبوسين حق كامل في سماع أقوالهم، والشهادة بأنفسهم، وتقديم بيانات وأدلة لصالحهم. ومواجهة الشهود المناوئين لهم في مرحلة سماع أقوالهم هذه.



وتفصل الجهة القضائية المحايدة في كل ذلك على ضوء وزنها لطبيعة وخصائص الاتهام، والأوضاع التي تحيط بالجريمة وظروفها، والأدلة عليها، وسجل المتهم وقدر ميله إلى الإجرام، وما يمثله من خطر على الجماعة أو بعض أفرادها. وعلى هذه الجهة أن تأخذ ذلك كله في اعتبارها، وأن تقيم قرارها على عناصر واقعية لها معنيها من الأوراق، وأن تؤيد قرارها باستمرار حبس المتهم بالأدلة المنطقية التي توازنه، وذلك كتابة.

٨٢٠- ولننصح القول بأن الكفالة المغالي فيها تتناقض الدستور، إلا أن ما يقرره الدستور المشرع من حدود منطقية لهذا التأمين، لا يتصل بضرورة الإفراج عن المتهمين الخطرين. وإنما يقتصر حكم الدستور على أمر الجهة القضائية المحايدة ألا تفرض هذا التأمين -إذا ما خلص قرارها إلى ملاءمة اقتضائه- بصورة مبالغ فيها. وليس في ذلك ما يلزمها بالإفراج عن المتهمين المقبوض عليهم جميعهم، في كافة ظروفهم، وعلى تباين أوضاع الجرائم التي ارتكبوها، سواء في طبيعتها، أو قدر خطورتها، أو استتعال آثارها، أو تداعي نتائجها<sup>(١)</sup>.

٨٢١- ويتعين بالتالي ألا تتفط مدة الحبس الاحتياطي بغير ضابط، وإلا كان للمحبوسين حق اللجوء إلى المحكمة لتفصل على وجه السرعة في أمر حبسهم، ولتقرر الإفراج فوراً عنهم إذا كان احتجازهم مخالفاً للدستور أو للقانون، وإلا جاز الطعن على قرارها أمام المحكمة الأعلى.

وتتناقض المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، مدد الحبس الاحتياطي التي يستطيل زمنها على نحو يتسم بالمغالاة Excessive length of pre-trial detention، وترأها مخالفة لنص الفقرة ٣/ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوربية لحماية هذه الحقوق.

وتقرر هذه المحكمة كذلك أن مشروعية الاحتجاز إنما تتحدد على ضوء حقيقة الأوضاع التي تتصل به، والتي لا يندرج تحتها الطبيعة السياسية للجريمة؛ ولا درجة تعقد الفصل في ثبوتها أو انقضاها؛ ولا الطريقة التي سلكها المحامون في التعبير عن ضيقهم بالمحكمة، وانتقاد إجراءاتها غير القانونية؛ ولا بخروجهم من قاعة جلساتها أكثر من مرة احتجاجاً على بعض تصرفاتها؛ ولا في رفض المتهمين التعاون معها. وإنما يجب الفصل في أمر الإفراج عن المتهم على ضوء كافة العوامل التي تحدد في مجموعها ما إذا كان خطر هربه بعد الإفراج، حقيقياً أو تافهاً.

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988); Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

ويتعين كذلك علي الملطة الوطنية أن تعطي لمرحلة ما قبل المحاكمة أهميتها، وأن تزن حساباتها في شأن الإخراج عن المحتجزين لديها علي ضوء الصلة الجوهرية التي تربط بتقييد حريتهم، بمصلحة عامة لها وزنها؛ أخذة في اعتبارها أن الأصل في هؤلاء المحتجزين، هو افتراض براءتهم، وأن الحرية الفردية لا يصونها غير القيود المنطقية التي تحيط بها، وأن قرارها برفض الإخراج عن المحتجزين لديها، ينبغي دوماً أن يكون قابلاً للطعن فيه، لتقرر محكمة الطعن ما إذا كان قرار الإخراج موافقاً أو مخالفاً للفقرة ٣ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

(١) Judgment of 8 June 1995- no.6/1994/453/533-534\* - Yağci and Sargin v.Turkey.

وقد نشر هذا الحكم في ص ٢٨٦ وما بعدها من العدد ١٦ رقم ٧-٩ من مجلة القانون لحقوق الانسان  
 . Human Rights Law Journal.

المبحث الثالثقرار الاتهام

٨٢٢- يعتبر قرار النيابة بتوجيه الاتهام إلى شخص معين بارتكابه للجريمة التي حدثتها، تعبيراً عن السلطة التقديرية التي تملكها، والتي تحدد علي ضوئها من تتهمه بالجريمة. وهي سلطة تباشرها أخذة في اعتبارها ما إذا كانت الأثلة المتوافرة لديها، كافية لحمل قرار الاتهام، ولتوجيه النيابة لمواردها المالية والفنية والعلمية توصلاً لإدانة متهمها.

كذلك فإن قرار الاتهام مؤداه، انتفاء أسس أخرى لعدم تقديم المتهم للمحاكمة. ومن ثم يرتكز قرار النيابة بتوجيه الاتهام أو عدم توجيهه علي سلطتها التقديرية العريضة. وهي في ذلك تنفذ السياسة التي ترتبها كافلة تحقيق أغراض النظم العقابية التي تقوم فيها بدور الأمين علي مصلحة الجماعة الحريص علي صون حرمانها.

ولئن جاز القول بأن قرارها بعدم توجيه الاتهام، قد لا يلقي معارضة جدية من الآخرين، وأن المعارضين لقرارها كثيراً ما يخفون في احتجاجهم عليه؛ إلا أن قرارها بتوجيه الاتهام، يطرح بالضرورة بواعثها في شأن الخصومة الجنائية التي حركتها ضد المتهم، كانتقائها بعض المتهمين لتقديمهم إلى المحكمة، دون آخرين كانوا شركاء معهم في الجريمة ذاتها أو فاعلين أصليين في جريمة تماثلها، وكأن تقصر اتهامها علي بعض الأشخاص لمجرد مباشرتهم حقوقاً كفلها الدستور لهم، كحرية التعبير عن بعض اتجاهاتهم المناوئة للحكومة.

ومن ثم كان كل اتهام مخالفاً للدستور إذا كان انتقائياً، أو منطوياً علي الإخلال بحقوق أساسية كفلها الدستور للمتهم، أو صادراً لمجرد مباشرته لهذه الحقوق، أو مغلفاً بالرغبة في الانتقام من المتهم.

ذلك أنه ليا كان قدر السلطة التقديرية التي تملكها النيابة في اختيارها توجيه الاتهام أو عدم توجيهه؛ فإن لهذه السلطة ضوابطها أو كوابحها.

والتمييز بين الجناة المتمثلة مراكزهم القانونية من خلال انتقاء بعضهم لتقديمهم إلى المحاكمة، يناقض الدستور بالضرورة لمخالفته شرط الحماية القانونية المتكافئة التي ترفض المغايرة في المعاملة القانونية بناء علي اعتبار يتعلق بالجنس أو باللون أو بالعقيدة أو بغير ذلك من صور التقسيم القائم علي التحكم.

ويطلق بالتالي قرار النيابة بالاتهام، إذا كان موجها بعوامل جوهرها التمييز، وباعثها التفريق بين الأوضاع المتماثلة.

٨٢٣- وبتعبير آخر، كلما كان قرار الاتهام صادرا في حدود السلطة القانونية للن النيابة، وخاملا للشرعية الدستورية، فإن تعبيبه يكون بغير سند. فإذا قام الدليل على أن قرار الاتهام ما كان ليصدر لولا مباشرة المتهم حقوقا كفلها الدستور، بما يجعل مباشرته لهذه الحقوق سببا لصدور ذلك القرار، بطل القرار بكل آثاره.

٨٢٤- فإذا ما استقر رأي النيابة على الاتهام، كان عليها أن تحدد نطاقه. ويفترض ذلك أن تبين النيابة طبيعة الجريمة التي تنسبها إلى متهمها وأدلتها<sup>(١)</sup>. فقد تفاضل النيابة بين جنابة وجنحة، وتختار الاتهام بالجنابة مضارة بالمتهم. وقد تفاضل بين اتهامه بجريمة واحدة، أو بأكثر من جريمة حال تعدد الجرائم التي ارتكبها؛ أو لمخالفته بفعل واحد أكثر من قانون جنائي.

وقد يعارض المتهم في إسناد أكثر من جريمة له متهمها النيابة ذاتها بسعيها إلى الانتقام منه، أو دافعا بالغموض القوانين الجنائية المتعددة التي انتهكها.

وإذا كان من المقرر قانونا عدم جواز تعريض حياة الأشخاص أو أموالهم أو حرياتهم لمخاطر نظم جنائية يتخبطون في معانيها، ويختلفون في مقاصدها، بما يفقدها يقين وضوح أحكامها، فلا يدرك المخاطبون بها حقيقة مضمونها، ولا يخطرون سلفا بالتالي بحقيقة الأفعال التي نهاهم المشرع عن ارتكابها أو التي حتم عليهم القيام بها؛ وكان توافر شرط الأخطار في الجرائم جميعها، يعتبر مطلبا دستوريا لبيان حقيقة الأفعال التي تكونها؛ إلا أن التداخل بين قانونين جنائيين، يدل على أن المشرع لم يحكم صياغتهما، وبجهل كذلك بماهية الجرائم المنصوص عليها فيهما، فلا تتوافر فيهما خاصية اليقين التي تنتم بها القوانين الجنائية جميعها<sup>(٢)</sup>. ذلك أن هذه القوانين لا تخطر المخاضين بها بحقيقة الأفعال التي نعتبدها عن أو التي طلبتها منهم، ما لم يكن وصفها للجرائم المحددة بها، كاملا Fully descriptive of the offence. ويتعين بالتالي أن يصاغ الاتهام على نحو يحدد للجريمة أركانها ولا يجهل بشرط الإخطار بطبيعة الجريمة المنسوبة إلى المتهم. وهو شرط تقتضيه الوسائل القانونية السليمة الإجرائية<sup>(٣)</sup>.

(١) United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876). Bartell v. United States, 227 U.S. 427 (1913).

(٢) United States v. Carll, 105 U.S. 611 (1882).

(٣) In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

وما يقال من أن التداخل بين قانونين جنائيين لا يفيد أكثر من حق النيابة في اختيار أحدهما، وتوجيه الاتهام وفقا لأحكامه، وأن هذا التداخل لا يعتبر في ذاته مخالفا للدستور، بشرط ألا تكون النيابة موجهة في خيارها بعوامل التمييز ضد فئة أو طبقة بذاتها من المتهمين<sup>(١)</sup>، مردود بأن تعلق قانونين جنائيين بالأفعال ذاتها، واختيار النيابة العامة واحداً من بينها لتأسيس الاتهام وفق أحكامه، مؤداه بالضرورة عدالة غير متكافئة، إذا كان هذان القانونان متعاصرين.

فإذا اختلفا من جهة زمن تطبيقهما، وكانت العقوبة التي يفرضها القانون اللاحق أقل من التي يفرضها القانون السابق، فإن اختيار النيابة للقانون اللاحق لا يكون مخالفاً للدستور، إذ هو أصح للمتهمين في مجال تطبيقه بالنسبة إليهم.

ولا كذلك أن تكون العقوبة المقررة بالقانون اللاحق، أشد وطأة من عقوبة القانون السابق، إذ يعتبر القانون اللاحق -في هذا الفرض- ملغيا ضمنا للقانون السابق بكافة أحكامه، فلا يبقى غير قانون واحد، هو القانون اللاحق، لتزن الجهة القضائية العقوبة التي يفرضها بموازين الشريعة الدستورية التي تحدد علي ضوئها ما إذا كانت العقوبة التي يفرضها المشرع للجريمة التي نص عليها القانون اللاحق تتناسبها، أو تجاوز وطأتها خصائص الجريمة ودرجة خطورتها. ذلك أن ثقل العقوبة بالنسبة إلي نوع الجريمة التي تنطبق بها، ينفي موافقتها للدستور.

٨٢٥- وكما لا يجوز لأغراض انتقامية أن تباشر النيابة سلطاتها التقديرية لتوجيه الاتهام إلي شخص معين، لا يجوز كذلك لأية محكمة أن تزيد من قدر العقوبة التي توقعها علي المتهم لإشباع هذه الأغراض عينها خاصة إذا كان موقفها في هذا الشأن منهجيا. ذلك أن الانتقام من المتهم Vindictiveness against defender يخل بالضرورة بشرط الوسائل القانونية السلمية.

٨٢٦- وإذا جاز للنيابة في بعض الدول، أن تنذر المتهمين الذين تفاوضهم للحصول منهم على إقرار بالجريمة التي تتهمهم بها، بأنها ستوجه إليهم تهمة جديدة غير التي تضمنها

(١) انظر في ذلك قضية

United States v. Batchelder, 442 U.S. 114 (1979).

وفي هذه القضية تؤكد المحكمة العليا للولايات الأمريكية، جواز هذا التداخل من زاوية دستورية. وتضيف إلي ذلك قولها بأن المخاطبين بقانونين جنائيين متداخلين، وإن كانوا لا يعرفون سلفا ما إذا كانت النيابة العامة ستقدمهم إلي المحكمة وفقا لهذا القانون أو ذاك؛ إلا أن هذه الصعوبة شأنها شأن الجريمة الواحدة التي يفرض لها المشرع أكثر عقوبة، ويفوض المحكمة في انتقاء العقوبة التي يراها -من بينها- أكثر ملاءمة للجريمة.

قرار الاتهام الأول، إذا لم يعترفوا بالجريمة التي نسبها هذا القرار إليهم<sup>(١)</sup>. فإن شرط ذلك أن يجيز النظام القضائي في الدولة عملية التفاوض هذه، وأن تمنحها الهيئة القضائية المعنية غطاء من الشرعية الدستورية. فإذا كانت عملية التفاوض تلك محظورة وفق النظم العقابية القائمة -وهي لابد أن تكون كذلك لا تطوائها على حمل المتهم على الإقرار بجريمة قد لا يكون هو مرتكبها، خوفاً من نتيجة المحاكمة وقلقا على مصيره- فإن مثل هذا التهديد أو التحذير يكون مخالفاً للدستور.

ذلك أن المتهمين الذين يساقون إلى الإقرار بالجريمة على هذا النحو، يشهدون ضد أنفسهم بما يدينهم، ويتخوفون من العقوبة المقررة أصلاً للجريمة التي اتهموا بها. إذا رفضوا الإقرار بارتكابها، فلا يتكافأ مركزهم ومركز النيابة التي لا يجوز لها أن تدفعهم إلى الإقرار بالجريمة لمجرد اختصار إجراءاتها، أو لتوفر مواردها التي توجهها -في الأصل- بكامل ثقلها لإدانتهم.

٨٢٧- فإذا نحينا جانباً عملية التفاوض تلك بكل مخاطرها وسوءاتها؛ وكان من المقرر أن للنّابة -وقبل توجيه الاتهام بصفة نهائية- أن تعيد النظر في تقديرها المبدئي لحقيقة الأفعال التي ارتكبها المتهم، والتي قد تكون بعض جوانبها خافية عليها وقت هذا التقدير؛ إلا أن تعديل النيابة لأبعاد الاتهام بعد بدء المحاكمة، يثير شكوكاً حول حقيقة دوافعها<sup>(٢)</sup>.

(١) قد يقرر المتهم بذنبه بدلاً من أن تتولى النيابة العامة بنفسها إثباته Cuiilty Plea وذلك لأسباب مختلفة، منها كثرة الأدلة الموجودة ضده، وكذلك إذا قدر أن محاكمته قد تنتهي إلى فرض عقوبة أكبر من العقوبة التي يتحملها فيما لو أقر بالجريمة. ومن ثم يدخل المتهم ومحاميه في عملية تفاوض Plea Bargaining مع سلطة الاتهام حتى يحصل على عقوبة أخف أو يسمح له بالإقرار بارتكابه لجريمة عقوبتها أخف. ولئن جاز القول بأنه لا يجوز في النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية أن يكره شخص على الإقرار بذنبه، إلا أنه أقر بذنبه مختاراً، وبإرادة حرة، كان هذا الإقرار موافقاً للدستور في الدول التي تجيز عملية التفاوض هذه. United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968).

وتتظفر بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية إلى عملية التفاوض هذه باعتبارها عملية هامة وضرورية في مجال إدارة العدالة الجنائية

Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

(٢) United States v. Goodwin, 457 U.S. 368 (1982).

### المبحث الرابع

#### تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام

٨٢٨- يتعرض الأبرياء الذين يقيمون إلى المحكمة الجنائية، خاصة في الجرائم الخطيرة، لمخاطر لا يجوز إسقاطها من حسابهم، حتى لو أطلق سراحهم لبطلان الأدلة ضدهم أو عدم كفايتها. ذلك أن سمعتهم تضار بقدر كبير، وتظل عالقة في الأذهان ما تردد عنهم في الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام. وهم ينفقون أموالا ضخمة من أجل الظفر ببرائتهم، ويتحملون أشكالا من المعاناة لا قبل لهم بها طوال محاكمتهم، يندرج تحتها انقطاع صلتهم بالحياة اليومية التي درجوا عليها.

ومن ثم كان حرص النظم الجنائية في تطورها المعاصر، ليس فقط على حماية الأبرياء من مغبة أحكام خاطئة تدبنيهم، وإنما كذلك حمايتهم في مواجهة تهم ليس لها ما يساندها من الأوراق. ويتعين بالتالي أن تتولى جهة قضائية محايدة سرعلي الأكل في الجرائم الخطيرة- مراجعة النيابة في قرارها بأن تنتهم؛ لتقرر ما إذا كان لقرار الاتهام في هذه الجرائم سند من الأوراق يموغ المضي فيه.

ومن ثم تتولى هذه الجهة، النظر في الأسس التي قام الاتهام عليها، لتتصل بنفسها في كفايتها أو قصورها عن حمل التهمة، قبل أن توجه هذه الجهة الاتهام إلى المتهم المائل أمامها. فكلما الجهة القضائية المشار إليها<sup>(١)</sup> تقوم بعملية تصفية، غايتها ألا يوجه اتهام بغير دليل. بما يقيم هذه الجهة عزلا بين النيابة والمتهم المحتمل، لتمتد بنوع من الحماية هو في أشد الحاجة إليها.

وهذه الجهة القضائية لا وجود لها في مصر، إذ ليس ثمة فاصل بين قرار النيابة المصرية بالاتهام، ومثول متهمها أمام المحكمة التي تتصل بنفسها في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفانها.

(١) تسمى هذه الهيئة في الولايات المتحدة الأمريكية بهيئة المحلفين الكبري، وهي لازمة في المحاكمات الفيدرالية بمقتضى التحديد الخامس للدستور الأمريكي، ولكنها غير مطلوبة في الولايات الاعضاء في الاتحاد.

وفي ذلك إخلال جسيم بمصلحة المتهم التي لا يكفلها تسرع النيابة في اتهامه، وعلى الأخص كلما كان الدليل على التهمة غير مقبول قانوناً، أو لا مصدر له في الأوراق، أو ليس كافياً من وجه آخر.

ومن ثم يكون وجود هذه الجهة القضائية التي تحيل المتهم بنفسها إلى المحكمة إذا اطمأن وجدانها لسلامة الأسس التي قام عليها قرار الاتهام، ضماناً حقيقة تؤمن الأبرياء من كل اتهام يتسم بالاندفاع، أو بالتهور، أو بالتورط، أو بالقهر، أو بالتحايل، أو بالغش، سواء كان المتهم المحتمل فرداً أو أقلية عرقية أو غيرها.

ذلك أن النظم الحقيقية للمدالة الجنائية، يعنىها أن يكون قرار الاتهام قائماً على أسس من حكم العقل وضوابط من القانون. فلا يكون إملاء من القوة التي تتسلط بها النيابة على المتهمين، ولا احتيالا منها على حكم القانون، ولا موجهها بالضعفائن الشخصية - Personal ill will التي يجوز أن تنزلق إليها

ويتعين أن تدير تلك الجهة القضائية - وفي مجال تقديرها لأسس الاتهام - مناقشاتاً علانية، وفي مواجهة النيابة وخصمها، وأن يكون للدفاع عن المتهم المحتمل حق دحض الأدلة التي تقدمها النيابة لتعزيز موقفها من الاتهام، وكذلك مقابلة شهودها بشهوده. ومن ثم لا تكون جلساتها سرية ولقعة وراء جدران مغلقة، بل مفتوحة وعلنية. قائمة على المواجهة، ومنطوية على تحقيق مبدئي Preliminary hearing. لا يفصل في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفاءها، وإنما في ملائمة توجيهها في إطار كافة العناصر التي تقدمها النيابة، وكذلك تلك التي يطرحها الدفاع.

٨٢٩- علي أن ضمانات التحقيق المبدئي، لا تعتبر ضمانات دستورية يخل نقضها بشرط الوسائل القانونية السليمة ذلك أن ما يتطلبه الدستور لا يزيد عن فصل سلطة الاتهام عن المحكمة التي تنتظر التهمة، ولا يندمجان في جهة واحدة.

بما مؤداه أن ضمانات التحقيق المبدئي في الاتهام قبل الإحالة إلى المحكمة، وإن كانت خطوة أكبر وأعمق في اتجاه الحرية، إلا أنها غير لازمة دستورياً لصونها

علي أن المحكمة لن تفصل في الاتهام المحال إليها، وإن كان يوسعها دوماً الإقرار عن المتهم إذا تبين لها - ومن ظاهر أدلة الاتهام - تهاولها أو انعدام أسسها؛ إلا أن ضمانات التحقيق المبدئي يسندها - الجهة القضائية التي تفصل مبدئي في جواز إسناد أدلة الاتهام إلى



المتهم المحتمل، أو كفايتها، هي التي تجنبه مخاطر السقوط في هاوية القلق، وتشويه سمعته، والتعريض به، والإخلال بفرصه في الحياة للملائمة للنقية من شوائبها.

ذلك أن قرارها بفساد أسس الاتهام، يعني إسقاط التهمة بغير محاكمة مطولة يتعقد بها مصير المتهم المحتمل، ويزداد من خلالها اضطرابا. وقد يفقد معها عمله، وعائلته، ومظاهر حياته التي ألفها طوال الفترة التي تستغرقها المحاكمة، والتي تمتد كذلك لتشمل فترة الطعن في حكمها بالإدانة، ثم الفصل نهائيا في هذا الطعن، إذا ظل المتهم أو المدان طوال هذه الفترة الزمنية، في قبضة السلطة، ولو لتنفيذ الحكم الصادر ضده.

ذلك أن مخاطر تقييد حرية المتهم بعد القبض عليه، هي التي يطمئن أن تؤخذ في الحساب.

٨٣٠- ومتى اختار المشرع ضمانات التحقيق المبني السابقة علي إحالة المتهم إلي المحكمة، والتي تتوخى استنكاه الأسس التي يقوم الاتهام عليها، وتقرير صحتها أو فسادها، تعين أن يتقيد هذا التحقيق بعدد من القيود أهمها:

أولاً: أن مرحلة التحقيق المبني، تعتبر مرحلة حرجة تقتضي حضور محام يمثل المتهم المحتمل Potential accused، ويواجه شهود النيابة وأدلتها. ذلك أن مهارة محاميه وبراعته القانونية، كثيراً ما تكون هي الطريق الوحيد للتكليل علي خلل في التهمة يتعلق بتخاذل أدلتها أو ضعفها أو اضطرابها. والمحامون المؤهلون يملكون من خبراتهم ما يعينهم علي مواجهة التهمة من كافة جوانبها، ومعرفة نواحي قوتها وملامح قصورها، حتى إذا أحيل موكلهم إلي المحكمة بعد التحقيق المبني، استطاعوا الدفاع بصورة فعالة وملائمة عن براءته. وقد يطلبون طبيباً نفسياً لفحص حالة المتهم المرضية في مرحلة التحقيق المبني. وقد لا يقرر المتهمون المحتملون الذين يفترون إلي الموارد المالية، حاجتهم إلي محامين عنهم في هذه المرحلة الحرجة لتتولي الجهة القضائية القائمة علي إجراء هذا التحقيق، تعيينهم، حتى يمدوا يد العون لهؤلاء المتهمين، شأن حضورهم في هذه المرحلة الحرجة، شأن الحق في طلبهم في مرحلة المحاكمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: لا يجوز للجهة القضائية التي تقوم بالتحقيق الابتدائي في شأن متهم محتمل، أن تحيله إلي المحكمة تحاملاً، ولا أن تحرره من قبضتها انحيازاً. وإنما حسبما أن يكون قرارها بإحالة إليها منصفاً. وليس واجبا عليها أن تتقيد بالقواعد الإجرائية الجامدة.

(١) Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

وكما كانت هذه الجهة مكونة من محلفين، فإن تشكيلها يتعين أن يكون متضمنا عناصر من قراء المتهم المجتمل، فلا يستبعد المورد من تكوينها إذا كان المتهم من جنسهم؛ وإلا كان تشكيلها منظويا علي تمييز يناقض الدستور<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن هيئة المحلفين التي تقوم بالتحقيق الابتدائي، تتكون من المواطنين البسطاء الذين لا يدركون القواعد القانونية المعقدة، ولا يفهمون دروبها الملتوية. ولا يجوز بالتالي نقض قرارها بتوجيه الاتهام، ولو كان هذا القرار غير مؤيد بأدلة يجوز قبولها قانوناً<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن صحة قرار هذه الهيئة يرتبط بتشكيلها وفق الدستور والقانون، وبصدوره في غير محاباة ودون تحامل. والمواطنون البسطاء الذين يشكلون هيئة المحلفين لا يجرون تحقيقاتهم علي ضوء القواعد القانونية الفنية. وإنما يكون الإصرار علي تطبيقها حقاً للمتهم في مرحلة الخوض في موضوع الاتهام، وذلك أمام المحكمة التي تفصل في صحة التهمة أو بطلانها توصلاً لحكم بالبراءة أو بالإدانة.

(١) Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956).

(2) Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Loun v. United States 355 U.S. 339 (1958).

### الفصل الثامن

### المحاكمة المنصفة

#### المبحث الأول

#### صورتها الإجمالية

٨٣١- هذه المحاكمة هي الوجه المقابل لضمان الحرية الشخصية ولصون الحق في الملكية التي لا يجوز تقييدهما بغير الوسائل القانونية السليمة التي ترد في جذورها التاريخية إلى مجابهة أعمال التحكم ليا كان أطرافها، وسواء كان من يباشرها ملكا أو أميرا أو غيرهما.

وهي بذلك تفوض امتياز مباشرة السلطة بغير ضوابط تقتضيها الحدود المنطقية لولايتها، وتواجه انحرافها عن أهدافها حتى في المفاهيم للمعاصرة التي تتوزع السلطة بمقتضاها بين أفرع مختلفة يستقل كل منها عن الآخر، فلا تتداخل مهامها.

ولا يجوز بالتالي للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أن تفرض أوامرها وخياراتها على مواطنيها، وكأن الوسائل القانونية السليمة من صنعها، لتحدد بنفسها ما يدخل تحتها وما لا يندرج فيها. إذ ليس ذلك من الحقيقة في شيء.

ذلك أن هذه الوسائل لا تتوخى غير صون أدمية الناس جميعهم، وضمان كرامتهم. وهي بذلك تملو على السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعلى السلطة القضائية نفسها لأنها تبين لكل منها الدائرة التي ينبغي أن تعمل فيها. ويدونها يتعرض الفرد لمخاطر جسيمة قد يصير معها مجرد شيء بغير قيمة.

٨٣٢- وإذ كان الأصل في الناس جميعهم هو الحرية؛ وكان الدستور قد كفل حرمة أموالهم، فإن صون حرياتهم وملكيته، ينافيها التجهيل بمضمون القوانين الجزائية، وينقضها كذلك سوقهم إلى محكمة لا يتوافر لها من استقلالها وحيديتها، ما يكفل لحقوقهم التي نص عليها الدستور، الحد الأدنى من متطلباتها، ويندرج تحتها الحق في محاكمة سريعة وعلنية ومحيدة لها من ضماناتها ما يكفل إنصافها، ومن تكامل إجراءاتها ما ينفي اختصارها<sup>(١)</sup>.  
Summary Trial

فلا يدان شخص بغير دفاع؛ ولا بناء على دفاع غير ملائم؛ ولا وفق أدلة تم تلفيقها أو تزويرها، أو الحصول عليها من أوجه أخرى بالمخالفة للقانون؛ ولا بأدلة ليس لها صلة

(١) Barker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970); United states v. Marion, 404 U.S. 307 (1971); In Re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

بالجريمة المدعى ارتكابها، أو لا تنتج في إثباتها<sup>(١)</sup>؛ ولا بقرائن مجافية للحقائق العلمية والعملية<sup>(٢)</sup>؛ ولا لمجرد حرمانه من ميزة كفلها الدستور أو المشرع؛ ولا بشهادة يكره هو على أدائها ليدين نفسه بها، ولا إخلالا بالحق في سماع دفاعه بعد إخطاره بعناصر الاتهام بلا إبطاء غير مفهوم<sup>(٣)</sup>؛ ولا وفق قواعد ليس لها من مضمونها أو إجراءاتها ما يكفل إنصافا؛ ولا بإنكار حق المتهم في النفاذ إلى الوسائل العلمية التي يقتضيها تحقيق دفاع جوهري أبدا<sup>(٤)</sup>.

وبوجه خاص لا يجوز حرمان متهمين من حضور محاكمتهم، كلما كان مثولهم فيها ضروريا لعرض موقفهم من الجريمة المدعي بها ونفيها عنهم، ولو كان ذلك بتحطيم لمحاميهم، وإدارتهم للدفاع عن أنفسهم بالطرق التي يرونها أكثر ملاءمة أو تأثيرا. ويتعين كذلك ضمان مثولهم في كل إجراء يؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية، كالانتقال إلى محل الجريمة لتحقيق بعض عناصرها.

بما موداه، أن الأصل في الاتهام الجنائي -وبالنظر إلى خطورته- أن يواجهه المتهم من خلال محكمة لها من ضماناتها، ومن مضمون القواعد التي تطبقها، ما يكفل فعاليتها ووزنها لأدلتها بالقسط. كذلك فإن الأصل في الأشخاص، وإلى ما قبل إدانتهم بالجريمة، هو حرية أدلتهم من القيود عليها.

(١) Vachon v. New Hampshire, 414 U.S. 478 (1974).

(٢) Tot v. United States, 319 U.S. 463, 468 (1943).

وتعبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن القرائن التحكيمية المنافية للواقع العملي في الحياة بقولها.

Presumptions so strained as not to have a reasonable relation to the circumstances of life.

(٣) وسبب ذلك أن الأصل هو أن يكون لكل إنسان حق في أن يحيا حياة هانئة مطمئن فيها على حريته وملكيته بغير تدخل من السلطة العامة، إلا إذا كان تتدخلها وجه من القانون. ومن ثم يعتبر الحق في سماع أقوال الشخص المواجه بإجراء ما، للوجه المقابل لحق السلطة في اتخاذ هذا الإجراء. وهو بذلك يمثل أرقى القيم وأرفعها في مجال الوصول إلى الحقيقة. ذلك أن المعرضين لمخاطر معينة، لا يستطيعون دفعها إلا بعد إخطارهم بها، وضمان فرص عادلة لمواجهتها.

Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 264 - 65 (1970).

(٤) يفترض في هذه الوسائل العلمية أن تكون هي الإجراء الوحيد لإظهار براءته. وعندئذ يتعين على الدولة أن تتحمل نفقتها. فإذا ادعت امرأة نسبة طفل إلى شخص معين، وكان اختبار الدم هو الإجراء الوحيد الذي يملكه المدعى عليه لدحض قرائن قديمته الأم، ويندل ظاهرها على نسبة الولد إليه، فإن على الدولة أن تجرى على نفقتها هذا الاختبار.

Little v. Streater 452 U.S. 1 (1981).

فإذا تدخل المشرع من خلال الجزاء الجنائي لتجريم بعض أفعالهم، وجب أن يقوم الدليل عليها وفق وسائل قانونية لها من معقوليتها ومن تماسكها، ما يبرر تقييد حريتهم الشخصية<sup>(١)</sup>.

ومن ثم تطرح هذه الوسائل في مجموعها، نطاق الحقوق التي يملكونها في مواجهة سلطة الاتهام، والتي تتكافأ بها أسلحتهم معها.

وهي حقوق لا يجوز النزول عنها، أو التفريط فيها، سواء تعلق الأمر بالراشدين من الجناة أو بأحداث جانحين، أو بمن أصابتهم عاهة العقل بعد الجريمة أو قبل ارتكابها. ذلك أن حقوق هؤلاء وهؤلاء -جميعهم متهمون- تتحد على ضوء ما يعتبر حقاً وعدلاً، ملائمة لأوضاعهم، كافلاً لهم كل ضمانات يقتضيها الفصل في الاتهام إنصافاً.

وحتى بعد إدانتهم بالجريمة، فإن شرط للوسائل القانونية يحدد الطريقة التي ينبغي معاملتهم بها في السجون التي أودعوا فيها، ويبين كذلك قواعد الإفراج عنهم قبل اكتمال مدة عقوبتهم؛ وإن تعين القول بأن الوسائل القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأنهم قبل إدانتهم بالجريمة، تزيد في صرامتها، عن تلك التي يؤخذ بها بعد إثباتها عليهم. ذلك أن حريتهم بينما هي مطلقة في الصورة الأولى Absolute freedom، فإنها مقيدة أو مشروطة في الصورة الثانية Conditional liberty.

٨٣٣- وقد نظرت المحكمة الدستورية العليا إلى الحق في المحاكمة المنصفة من الأوجه الآتي ببيانها:

أولاً: أن هذا الحق مقرر بنص المادة ٦٧ من الدستور<sup>(١)</sup>. التي ترند في أصلها إلى الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص بأن لكل شخص وجهت إليه تهمة جنائية، الحق في أن يفترض براءته، إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر لها كل ضمانات ضرورية لدفاعه.

وتتفرع هذه القاعدة كذلك عن المادة العاشرة من هذا الإعلان، التي تنص بأن لكل شخص حقاً مكتملاً، ومكافئاً مع غيره، في محاكمة علنية ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة تتولى الفصل في حقوقه والزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه.

(١) تنص المادة ٦٧ من الدستور على أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ثانياً: أن نص المادة ٦٧ من الدستور يبلور قاعدة مستقر العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية. ومفترضها في نطاق الإتهام الجنائي، أن يكون هذا الإتهام معرّفاً بالتهمة، محدداً طبيعتها، مفصلاً ألتها، وكافة العناصر التي ترتبط بها، وعلى أن يكون الفصل في هذا الإتهام واقعاً خلال مدة معقولة، وعن طريق محكمة تتوافر لها -من خلال تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، بما في ذلك علانية جلساتها- ضمانات استقلالها وحيثتها، والأسس الموضوعية التي تقوم بها على وظيفتها.

وتختلف هذه المحاكمة المنصفة عن المحاكمة غير القانونية ذلك أن الأخيرة هي التي حدد القانون عناصرها أو شرائطها قبل إتيان الجريمة. ولو جاز أن يحدد المشرع بمطلق إرادته هذه العناصر وتلك الشروط، لصار لغوا أن يتقيد المشرع بضوابط فرضها الدستور في شأن محاكمة المتهمين كذلك المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور<sup>(١)</sup>.

ومن ثم لم تعط المحكمة الدستورية العليا وزناً لعبارة "المحاكمة القانونية" الواردة في هذه المادة، وأبدلتها بعبارة "المحاكمة المنصفة" Fair Trial على تقدير أن هذه المحاكمة -بشرائطها المسلم بها في الدول الديمقراطية- هي التي يعنيها الدستور.

ثالثاً: لا يجوز أن تدن المحكمة متهماً إلا من خلال تحقيق تجربة بنفسها، وعلى ضوء الأدلة التي تنطق بها الأوراق، والتي لها من تمامها ما يؤيد انتفاء كل شك معقول في مجال التليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها.

رابعاً: تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح، يتوحد بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، وبحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحزمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تقال من الحرية الشخصية، ولضمان أن تنفذ الدولة عند مباشرتها لسلطاتها في محار فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية التي ينفذها أن يدان المتهم بالمخالفة للحد الأدنى من حقوقه التي تكفلها قواعد إجرائية تؤثر في المحصلة النهائية للدعوى الجنائية، ويندرج تحتها افتراض البراءة كقاعدة أولية توجبها الفطرة، وتقتضيها طبائع الأشياء. ويظل هذا الافتراض قرين تلك الدعوى في كافة مراحلها لا يتخلف عنها إلى أن

(١) تنص المادة ٦٧ من دستور مصر على أن تفترض براءة المتهم إلى أن تثبت إدابته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ينقض بحكم بات على ضوء أدلة الثبوت التي قدمتها النيابة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان مطلباً فيها.

وبغير ذلك لا يهدم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التي أقرتها النظم القانونية جميعها، لا لتكفل بموجيها حماية المذنبين، وإنما لترد عن المتهمين، كل شبهة تقتدر إلى أساسها.

ومن ثم يعكس هذا الافتراض قاعدة مبدئية تحيط بكل فرد -سواء قبل المحاكمة أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها- فلا يزحزح مجرد الاتهام أصل البراءة. إذ هو قاعدة مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ول يوفر الأمن لكل فرد من خلالها، في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية يقيمها بالمجافاة للمنطق .

خامساً: أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقتدر دائماً من الناحية الدستورية- ولضمان فعاليته -بوسائل إجرائية إلزامية وثيقة الصلة بحق الدفاع- من بينها حق المتهم في مواجهة الشهود الذين قدمتهم النيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق في نفيها من خلال شهود أو دلائل يطرحها.

سادساً: أن وقوع المحاكمة خلال مدة معقولة، وكذلك علنية جلساتها، وحيدة قضائتها واستقلالهم، جميعها فرائض دستورية لا يجوز الإخلال بها، وتقتضيها الحقوق التي يملكها المتهم في إطار الوسائل القانونية السليمة، وإلا صار الحكم الصادر ضده باطلاً.

٨٣٤- بيد أن بيان المحكمة الدستورية العليا لحقوق المتهم في مواجهة الاتهام الجنائي، لا تنحصر في تلك التي حددتها؛ ولا في أصل البراءة كقاعدة توجبها الفطرة، ويستحيل دمجها بغير حكم صار باتاً. وإنما توجد إلى جانبها -وكشرط لتحقيق مفهوم المحاكمة المنصفة- حقوق تكامل معها وتنمها.

ومن مجموع هذه الحقوق تتوافر للمحاكمة المنصفة، ركائزها وضوابطها في حدها الأدنى<sup>(١)</sup>.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

---

(١) انظر في ذلك "دستورية عليا" العvisة رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ١٧- جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ - ص ١٥٤ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤-قاعدة رقم ١٠- ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٤- ص ٧١٦ من الجزء الخامس.



المبحث الثانيالحق في محاكمة سريعةThe Right to a speedy TrialLe droit d'être jugé dans un délai raisonnable

٨٣٥- يعتبر الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الجوهرية التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(١)</sup>. وهو ليس كغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور لحماية المتهم. ويفسر ذلك بأن هذا الحق من الحقوق الأساسية التي لا يجوز معها لملطة الاتهام أن توجل بغير مبرر معقول توجيهها الاتهام إلى المتهم رغم اعتراض المتهم على التأجيل ولو كان المتهم قد أطلق سراحه<sup>(٢)</sup> ذلك أن تأجيل اتهامه يعرضه للاحتقار العام، وقد يحرمه من فرص العمل. وهو يعوق كذلك مباشرته لحرية التعبير والاجتماع والإسهام في العمل العام. وحتى إذا اتهم وظل الاتهام معلقاً آمداً طويلة، انتابه القلق وصار مضطرباً، وقد يفقد شهوده، أو يتطرق الوهن إلى ذاكرتهم.

ومن ثم يكفل هذا الحق، مصلحة المتهم ليس فقط في ألا يبقى قبل المحاكمة مهددة حريته بغير مبرر، وإنما يتغيا كذلك التقليل من المخاطر التي تنجم عن بطء المحاكمة بصورة ملحوظة، تتدثر معها آثار الجريمة، وتتضائل بسببها فرص الدفاع للملايس لظروفها، ويزداد معها عدد القضايا التي تأخر الفصل فيها بغير منطق بما يضر بالقواعد التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، ويوفر لبعض المتهمين فرص الضغط على النيابة واستغلالها من أجل الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة محل الاتهام.

ولئن كان هذا الحق واقعاً في نطاق الحقوق التي تتوخى معاملة المتهمين إنصافاً وبطريقة ملائمة، إلا أن الحق في المحاكمة السريعة يزيد عليها في ارتكازه علي مصلحة للجماعة تستقل عن مصلحة المتهم وقد تناقضها.

Separate from and at times in opposition to the interests of the accused.

وكثيراً ما يفرج عنهم حتى يتم الفصل نهائياً في الاتهام، بما يخولهم الولوغ في جرائم أشد في وطأتها وأدح في نتائجها. فضلاً عن أن إطلاق سراح المتهم يزيد من احتمال اختفائه

(١) أخذ هذا الحق من نص في وثيقة الماجنا كارتا Magna Carta. وقد ورد كذلك في إعلان فرجينيا للحقوق لعام ١٧٧٦، ونقل من هذا الإعلان إلى التعديل السادس للدستور الأمريكي.

(٢) United States v. Ewell, 383 U.S. 116 (1966). See also, Beaudoin, G.A et W.S. Tranopolsky, Charte Canadienne des Droits et Libertés, les éditions Wilson et laffleur, 1982, p.462; klopher v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

بصفة نهائية. كذلك فإن طول الفترة الزمنية التي يقضونها فيما بين القبض عليهم وإدانتهم، تجعل عملية إعادة تأهيلهم من الصعوبة بمكان بعد أن أضر الاتهام بهم نفسياً ومالياً واجتماعياً.

فإذا لم يفرج عن المتهم بكفالة، ظل محتجزاً في السجون التي تنكس بنزلاتها ويعايشون جميعهم ظروفًا صحية ونفسية قاسية تؤثر بالضرورة في قيمهم وتوجهاتهم الإنسانية، فلا يكونون غير أشقياء بالنظر إلى الأوضاع التي يتفلسفونها، والتي لا يعودون بسببها إلى الحياة أسوأ.

كذلك فإن لاحتجاز المتهمين الذين يترصدون الفصل في الاتهام، تكلفة عالية من الناحية المالية، سواء في ذلك تلك التي تدفعها الدولة في مجال ضمان الحد الأدنى من الشروط اللازمة لإدارة السجون، أو على صعيد الإعالة التي تقدمها بعض النظم لأسر المتهمين الذين حرموا من عائلهم الملقى وراء القضبان<sup>(١)</sup>.

ويظهر كذلك فروق المغايرة بين الحق في محاكمة سريعة، وغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور للمتهمين، في أن بطء المحاكمة قد يعمل لصالح المتهم. ذلك أن المحامين كثيراً ما يناوون من أجل تطويل إجراءاتها حتى تفقد النيابة اتصالها بشهودها، أو حتى يصيبهم وهن في ذكارتهم *Défaillance de la mémoire des témoins* بالنظر إلى طول الفترة بين وقوع الجريمة والفصل في نسبتها إلى المتهم بارتكابها، خاصة وأن النيابة هي التي عليها إثباتها.

وإذا كان حرمان المتهمين من تمثيلهم بمحاميين عنهم أو حملهم على الإدلاء بشهادة يرفضونها، يعتبر -ولمجرد هذا الحرمان أو الحمل- إضراراً بهم؛ إلا أن الإخلال بالحق في محاكمة سريعة، قد لا يوفر لهم فرص الدفاع عن أنفسهم.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن هذا الحق، من المفاهيم التي يكتنفها الغموض بالنظر إلى تعذر تحديد اللحظة الزمنية التي يتحقق فيها الإخلال بذلك الحق بصورة يقينية.

وحتى بعد تحديد هذه اللحظة، فإن تجاوزها مؤداه ضرورة إسقاط التهمة. وتلك نتيجة خطيرة من أثرها إطلاق سراح المجرمين، ولو كانوا من عتاتهم.

وعلى ضوء هذه المخاطر جميعها يتعين القول بأمرين:

(١) Baker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 389 U.S. 30 (1970).

أولهما: أن الحق في محاكمة سريعة، مؤداة توقيتها بزم من محدود، لا إطلاق لإجراءاتها بغير حدود منطقية من عامل الزمن.

ثانيهما: أن الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة، يفترض أن يكون المتهم قد طلبها كشرط للقول بمجاوزة مدتها حدود الاعتدال. فإن لم يكن قد طلبها، اعتبر ذلك نزولاً اختيارياً عنها، وإن تعين القول بأن إرادة النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور لا يفترض، وأن علي المحكمة أن تأخذ بكل قرينة منطقية تناهض هذا النزول. ذلك أن المتهم كثيراً ما يضار من المحاكمة التي يستطيل زمنها، خاصة إذا كان قد حبس احتياطياً مدة طويلة قبل بدئها<sup>(١)</sup>.

٨٣٦- ويتعين دوماً أن يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة وإن كان مشوباً بالغموض، بالنظر إلى تعذر تحديد المدة التي لا يجوز أن تتجاوزها المحاكمة؛ إلا أن ضمان المحاكمة السريعة، يظل التزاماً علي النيابة علي تقدير أن مصلحة الجماعة يخل بها كل محاكمة لا تتضبط مدتها في حدود منطقية.

وفي مجال تقدير طول مدة المحاكمة أو قصرها، تأخذ المحكمة في اعتبارها ما إذا كان محامي المتهم قد طلب وقتاً إضافياً لإعداد دفاعه؛ وما إذا كان قد نبه موكله إلي حقه في الاعتراض علي المحاكمة التي استطال أجلها؛ وما إذا كان المتهم قد مثل أمام المحكمة بغير محام؛ وما إذا كان اعتراض المتهم علي طول إجراءاتها، قد قرع سمعها علي وجه الجزم؛ أم أن هذا الاعتراض كان شكلياً *Pro forma objection*. ويتعين علي النيابة أن تقوم للدليل بنفسها علي أن نزول المتهم عن الاعتراض علي طول محاكمته، كان إرادياً، قلنا علي العلم بالحق في محاكمة سريعة، وبأبعاد هذا الحق. ذلك أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق المتفردة، سواء في مجال تحديد زمنها، أو علي ضوء أوضاع المحاكمة وظروفها التي تنشئ بما إذا كان المتهم قد نزل عند هذا الحق أو تمسك به.

٨٣٧- ويتعين بالتالي في مجال تقرير طول المحاكمة، أن يكون امتدادها في الزمن مقصوداً أو عنوانياً *Purposeful or aggressive* وأن ينظر إلى سلوك كل من النيابة والمتهم بشأنهما علي ضوء كل حالة علي حدة *An ad hoc basis*. فلا نقرر أن المتهم، قد حرم من الحق في محاكمة سريعة إلا علي ضوء عدد من العوامل أهمها طول مدة تأخرها، وسببه، ودرجة إصرار المتهم علي هذا الحق، وقدر ما أصابه من ضرر من جراء إهداره. وليس من المفترض أن يقيم المتهم الدليل علي وقوع هذا الضرر.

(١) *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Smith v. Hooye*, 393 U.S. 374 (1969).

وما لم يكن ثمة تأخير يفترض فيه الإضرار بالمتهم، فلا وجه للخوض في توافر العوامل الأخرى التي ندخلها في ميزان ضمان أو إهدار الحق في محاكمة سريعة، علي أن يكون مفهوما أن المدة الطويلة بالنسبة إلى جريمة عادية، لا تعتبر كذلك في جريمة معقدة، متداخلة العناصر، يحتاج إعداد النيابة لأدلتها بشأنها، إلى مدة أطول.

٨٣٨- وكلما كان طول المحاكمة مرده إلى فعل النيابة بقصد إحباط جهود الدفاع، فإنها تكون مسئولة عن تصرفاتها. كذلك فإن إهمال المحكمة الفصل في القضية المطروحة عليها، أو تكتم القضايا المنظورة أمامها، لا يعتبر عنرا يسوغ طول إجراءاتها.

وقد يكون اختفاء شاهد هام في القضية، مبررا معقولا لطول فترة نظرها بشرط أن يكون احتمال العثور عليه راجحا. ويتعين أن يعطي وزن كبير لدرجة إصرار المتهم علي الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة. ذلك أن تراخيه في ذلك، يجعل من الصعوبة بمكان قبول الإدعاء بإهدار هذا الحق. ويؤخذ دائما بما لحق المتهم من ضرر، سواء تمثل في احتجازه فترة طويلة من الزمن قبل المحاكمة، أو في تعميق قلقه علي مصيره، أو في عرقلة جهود الدفاع؛ وعلى الأخص ما تعلق منها بعجزه عن إعداد قضيته نتيجة اختفاء شهود المتهم أو وفاتهم أثناء محاكمته التي استطلت زمنها. وهو ما يتحقق كذلك إذا تطرق الوهن إلى ذاكرة شهوده، وصاروا غير قادرين علي استعادة واقعة قديمة، ووصفها بالدقة الكافية<sup>(١)</sup>.

ويظل لفترة احتجاز المتهم السابقة علي تقديمه إلى المحاكمة، أهمية كبيرة. ذلك أن هذا الاحتجاز يعتبر زمنا ضائعا Dead Time لا يستطيع المتهم فيه جمع أدلته والاتصال بشهوده وإعداد غير ذلك من أوجه دفاعه. وبذلك مخاطر جسيمة ينوء بها خاصة إذا قضي ببراءته في النهاية.

وحتى لو لم يحتجز المتهم قبل المحاكمة، فإن القيود التي تفرض أثناءها علي حريته، ومظاهر العداء التي تحيط به، وصور النفور التي تجابهه علي امتداد زمن الفصل في الاتهام، ومعاملته باعتباره من المنحرفين اجتماعيا؛ جميعها هموم تحوم حوله ليعتصره القلق.

٨٣٩- ويتعين دائما أن ينظر إلى الحق في محاكمة سريعة، باعتباره من الحقوق التي كفل الدستور أصلها؛ وأن ينظر في تقدير توافر هذا الحق أو تخلفه، إلى كافة العوامل ذات

(١) Beavers v. Haubert, 198 U.S. 77 (1905).

الصلة؛ كطول الفترة المنقضية بين القبض والمحكمة، ونوع ونطاق الأضرار التي عايشها المتهم من جراء طول إجراءاتها.

ولا يعتبر تأخير النيابة في توجيه الاتهام حتى تتوافر لديها الأدلة التي تكفي للمتهم بها، من قبيل هذه الأضرار. ذلك أن القانون يلزمها باستكمال أدلتها قبل توجيه التهمة كي لا يتطرق الخلل إليها من جراء الإصرار فيها.

وحتى بعد استكمال النيابة لأدلتها، فإنها قد تؤخر توجيه الاتهام كي تستوثق من حقيقة الصلة بين متهم بعينه، وغيره من الضالعين في الجريمة<sup>(١)</sup>.

٨٤٠- وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الحق في محاكمة سريعة يعتبر أساسياً في كل محاكمة جنائية. وهو يقيّد في الدول الفيدرالية سلطاتها الاتحادية ولاياتها. وهو أصل في كل محاكمة منصفة، وضرورة يقتضيها ألا يظل الاتهام الجنائي مطلقاً بغير حسم، بالرغم من اعتراض المتهم على بقاء موقفه قلقاً، ومصيره مبهماً، إزاء اتهام قائم بغير حكم يكون منهياً للخصومة الجنائية، فاصلاً في موضوعها.

ذلك أن إرجاء الفصل في هذا الاتهام آماداً طويلة بغير مسوغ، مؤداه أن تحيط بالمتهم كافة مظاهر الاشتباه المشين للمسعة<sup>(٢)</sup> وإلى أن ينتهي به القلق ويقتصر إزاء اتهام مسلط على مصيره ردهاً طويلاً من الزمن. مع رجحان اختفاء شهوده، وتعرّض الاتصال بهم حال وجودهم، وتطرق الخلل إلى الصورة التي في أذهانهم عن كل واقعة يشهدون بها. وجميعها مضار يفترض تحققها؛ فلا يكون المتهم مكلفاً بإثباتها.

ثانياً: أن سرعة المحاكمة لا تتحدد وفق قواعد جامدة يتم تطبيقها بآلية عمياء. وإنما مرد الأمر فيها إلى أوضاع الخصومة الجنائية، وظروفها التي تحيط بها، وعلى الأخص ما تعلق بخطورة الجريمة المدعى بها، وتعدد عناصرها؛ وعدد الشهود الذين يحتمل ظهورهم للشهادة في موضوعها؛ وما إذا كان لشهادة الغائبين منهم وزن خاص، واحتمال حضورهم راجحاً؛ وما إذا كان إرجاؤها واقعاً في حدود منطقية، يدخل في تقديرها ما إذا كان المتهم مطلق السراح، أو مقيدة حريته.

(١) United States, v. Lovasco, 431 U.S. 783 (1977); Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956); State v. Keefe 17 Wyo 227 (1908).

(٢) Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

**ثالثاً:** ومما يخل بالحق في سرعة المحاكمة، التدخل فيها بقصد تسويقها Purposeful. وكذلك كلما كان تعويقها، ملتوياً قائماً على الخداع والختال Oppressive بقصد إرهاق المتهم بإجراءاتها. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان إرجاء الفصل في الاتهام، مبناه أضرار واهية أو مفتعلة يكتبها واقع الحال، أو ليس لها من نفسها ما يقيمها على الحق. وكان منطقياً بالتالي، أن يفترض في كل محاكمة تستطيل إجراءاتها؛ إضرارها بالمتهم وتقويضها جوهر الحقوق التي يملكها وفقاً للدستور، وأن تكون النيابة العامة هي المكلفة بتقديم الدليل على أن تأخيرها كان لعذر مقبول<sup>(١)</sup>.

**رابعاً:** ويعتبر نزولاً من المتهم عن الحق في محاكمة سريعة، طلبه إرجاء الفصل في الاتهام لعذر أبداه، أو موافقته ضمناً على طلب النيابة العامة تأخير هذا الفصل. إذ ليس لأحد أن ينقض بيده ما تم من جهته، ولا أن يدعى تضرره من إجراء كان بوسعه الاعتراض عليه، لو كان منافياً لمصلحته. وعلى المتهم بالتالي أن يتمسك بسرعة محاكمته. فإن لم يفعل، أو يتخذ موقفاً يدل على إصراره عليها، كان ذلك قبولاً ببطلانها. ولئن جاز القول بأن المتهم قد يباشر أثناء محاكمته سلوكاً يدل على قبوله بترخيصها، إلا أن على القاضي أن يستخلص من الأوراق كل قرينة معقولة تناهض نزوله طوعية عن الحق في محاكمة سريعة.

ذلك أن النزول عن الحقوق جميعها -على الأخص تلك التي يكفلها الدستور- لا يؤخذ عملاً، ولا يصار إليه افتحالاً. بل يتعين في هذا النزول- أن يكون واضحاً، ومقصوداً. وما النزول عن الحق، غير إسقاط له، فلا يفترض، بل تقوم القرينة على نقيضه، ما لم يظهر عكسها من الأوراق بدليل جازم لا يحتمل التأويل.

**خامساً:** وسواء تعلق تأخير الفصل في الاتهام الجنائي، بترأخي النيابة العامة في عرض أدلتها، أو بتقصيرها في مواجهة الدفاع بشهودها؛ أو بتسويقها في تقديم الدليل على تكامل أركان الجريمة التي تدعيها؛ أم كان تأخير الفصل في هذا الاتهام راجعاً إلى المحكمة ذاتها من خلال إيقافها الاتهام معلقاً بغير حكم يصدر عنها؛ فإن التأخير في هذه الصور جميعها، يعتبر مطلقاً غير مقبول من الناحية الدستورية، يصم المحاكمة ذاتها بالبطلان.

**سادساً:** ويتعين في كل حال ألا يكون تأخير الفصل في الاتهام عرضياً. وهو يكون كذلك إذا كان مبرراً بأوضاع يشهد بها حال الجريمة من جهة تعقدها، أو تنوع أدلتها، أو

(١) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الأساسية التي تحفظ بها الدساتير لمواطنيها. وقد تدخل الكونجرس الأمريكي بقانون لتنفيذ هذا الحق المقرر في التعديل السادس للدستور الأمريكي

طبيعة الخبرة العملية التي ندرتها المحكمة لتعينها برأيها على فحص العناصر الفنية في الجريمة، أو لتحليل مسرحها، أو لحل عقبتها، أو لإظهار مزيد من أدلتها التي حاول الجناة إخفاءها. فذلك كله لا يشي بأن تأخير الفصل في الاتهام كان مقصوداً، إذ هو لوثق اتصالاً بالجريمة من جهة تحريها في كافة ظروفها، وما أحاط بها من أوضاع.

سابعاً: وكلما تراخى الفصل في الاتهام الجنائي بغير مسوغ، ودل هذا التراخي على إعراض المحكمة عن واجبها في الفصل في الخصومة الجنائية المطروحة عليها خلال مدة معقولة - وعلى الأخص إذا قام الدليل لديها على أن الشهود الذين يثبتون التهمة أو ينفونها، لن يكون بوسعهم الحضور خلال زمن معقول - وجب عليها الإقراج فوراً عن المتهم. ولا يجوز بعد هذا الإقراج محاكمته مرة ثانية عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ثامناً: أن بطء المحاكمة لغير مسوغ، يماثل في أثره اختزال مدتها دون ضرورة. ذلك أن تعجيل إجراءاتها، أو تطويلها، كلاهما يناقض الدستور إذا أخل بالحق في محاكمة منصفة، فلا تكون المحاكمة المنصفة ولا المتراخية، مطلوبة. وإما اعتدال مدتها هو الضمان لإتصافها من خلال الفرص المتكافئة التي تعد النيابة من خلالها قضيتها خلال فترة معقولة، وبما يوفر للدفاع الفرص ذاتها التي يواجه بها الاتهام بكل الوسائل القانونية التي يملكها، لتكون الكتان متوازيتين في الحقوق التي تدار العدالة الجنائية من خلالها، ووفق مقاييسها الأكثر تحضراً وصرامة<sup>(٢)</sup>.

(١) Struck v. United States, 412 U.S. 434 (1973).

(٢) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة لا ينشط إلا إذا اتهم الشخص جنائياً، United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971) إلا أن القضاء دوجلاس ومارشال ويرنان خلقوا ذلك قائلين بأن الحق في محاكمة سريعة ينطبق كذلك على فترة ما قبل المحاكمة Pre-Trial indictment delays بنقض انطباقه على كل تأخير يقع بعد المحاكمة Post-indictment delays.

### المبحث الثالث

#### الحق في محاكمة علنية

#### The Right to a Public Trial

#### Le droit à un procès public

٨٤١- تتوخي هذه العلانية أن تدير المحكمة جلساتها، وتباشر إجراءاتها، وتتخذ التدابير اللازمة لضبط نظامها، أمام هؤلاء الذين يرتادون قاعاتها بقدر اتساعها، ويراقبون قضائياتها في كيفية تعاملهم مع المتهمين، والطريقة التي يتناولون بها القضية المطروحة عليهم، وتعليماتهم إلى هيئة المحلفين، ونطاق إحاطتهم بالتهمة التي يفصلون فيها، والحقوق التي يكفلونها لكل من النيابة ومتهمها، ويوجه عام الكيفية التي يديرون بها العدالة الجنائية لضمان تحقيق متطلباتها، وجوهرها أن يفصل بطريقة منصفة في كل اتهام<sup>(١)</sup>.

٨٤٢- ومن شأن علنية المحاكمة، أن تكون جلساتها مفتوحة للكافة فلا يرد عنها دهاء تقتحمهم العين وترذيرهم، ولا يؤثر الوجهاء بها تبجيلاً لهم وتوقيراً لمكانتهم<sup>(٢)</sup>.

ولعل أكثر المسائل إثارة للجدل في شأن علنية المحاكمة، هي التي تتعلق بما إذا كان للصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، حق في النفاذ إلى جلساتها لنقل ما يدور فيها إلى القراء أو الناظرين. خاصة على ضوء المهام الخطيرة التي تتولاها وسائل الإعلام جميعها، والتي تؤثر في وجهة من يتلقون معلوماتهم عنها، ويندفعون إلى القبول بأرائها دون تقييم لها.

فقد تصور هذه الوسائل المتهمين وكأنهم رمز الخطيئة وبؤرة العصيان والتمرّد على القيم الاجتماعية. وكثيراً ما تظهر الجريمة التي اتهموا بها في غير صورتها الحقيقية، وبقدر كبير من الإثارة والتهويل. واهتمامها بضحايا الجريمة، أكثر من اهتمامها بأوضاع المتهمين وظروفهم. وتعتمد أحياناً إلى تحطيمهم من خلال عرضها لجرائمهم القديمة، وربطها بواقعةهم القاتمة. فلا تكون سوابقهم هذه غير نذير شؤم يحدد مصائرهم سلفاً، ويعطي الانطباع بأنهم من غلاة المجرمين، وأن كافة جرائمهم تبلور عقيدة إجرامية متصلة حلقاتها، متعددة جوانبها.

فإذا كان المتهم معروفاً من قبل لوسائل الإعلام بالنظر إلى جرائم خطيرة سابقة ارتكبتها، وكان لها أثر كبير في شهرته؛ فإن تناولها لسيرته يركز على جوانبها التي تثير

(١) يرتد هذا الحق إلى القانون العام في إنجلترا. ومن الناحية التقليدية، فإن الاتجاه العام في النظم الأنجلو-سكسونية هو النظر بارتياح واحترار إلى المحاكمات السرية التي درجت عليها النظم الأسبانية التقنيّة Spanish Inquisition وهو ما يهدد الحرية.

(٢) In re Oliver, 333 U.S. 257, 266- 70 (1948).



حفيظة الجمهور. فلا تكون معالجتها للجريمة الجديدة وعرضها لها غير نيران توججها، وتثير بها نقمة من يقرعون أخبار الجريمة أو يشهدون وقائعها وجنائها، خاصة بعد وصفها الجناة بالدهاء والتحايل وبالقدرة على التخلص من مسئوليتهم عن الجريمة، وإلقاء تبعثها على آخرين.

وقد تردد وسائل الإعلام أقوال المتهم في الجرائم السابقة، وتربط بينها وبين الجريمة الجديدة، لتقيم من مجموعها دليلا على سوء خلقه وعتو إجرامه. فلا تكون المحاكمة الجديدة، غير تعبير عن التغطية الإعلامية التي تضر بمركزه، ومجرد شكلية فارغ مضمونها. A hollow formality بعد أن أصدر القوغاء حكمهم في الجريمة، واعتبروا فاعلها هو من اعتبر كذلك أمام الكاميرا.

وإذ تدن المحكمة أو هيئة المحلفين المتهم -لا بناء على أدلة ناقشتها ومحصلتها- وإنما على ضوء أجواء لوثتها وسائل الإعلام في شأن المتهم؛ ونقلتها إلى أذهان المحلفين ملبدة بها الطريقة التي يفكرون بها من جهة تشويهها لصورة المتهم، فلن قرار هيئة المحلفين لا يكون محايدا، بما يناقض الوسائل القانونية السليمة التي تأبى أن تكون مصائر الناس معلقة على غير أفعالها، ولا تدن متهمها بناء على صورة رسمتها وسائل الإعلام للجريمة المدعى ارتكابه لها ولا على ضوء جرائم سابقة سوء أدبين عنها أو لم يقم دليل عليها.

ولئن صح القول بأن هيئة المحلفين التي يوائم تشكيلها الفرائض الدستورية، هي الهيئة المحايدة في وجهتها، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون ذهنها خاليا تماما من أية أفكار عن الجريمة قبل أن تناقش أدلتها وتديرها على حكم العقل. وإنما حسبا أن تتحي جانبها عن ذهنها كل انطباع سابق عن الجريمة، وأن تعرض لأدلتها. بما يفيد فهمها لها وتعمق حقائقها، وتقدير أثرها، ومقابلتها ببعض، ووزنها بطريقة موضوعية لا ميل فيها.

ويظل دائما من حق المتهم ومحاميه التلليل على أن قرار المحكمة أو هيئة المحلفين بإدانتها، ما صدر عنها إلا على ضوء الأفكار السابقة التي تلقفتها عن الجريمة، مما حور من عقينتها، وألهمها هذا القرار<sup>(١)</sup>.

٨٤٣- ولا تزال أصلا تلك القاعدة التي تخول المحكمة حق إخضاع وسائل الإعلام لرقابتها التي تتوخى بها ضبط إيقاع جلساتها، وأن يركز القضاة والمحلفون اهتمامهم على واقعة الاتهام ولدلتها، وأن تدار العدالة الجنائية وفق متطلباتها، التي لا يجوز أن تسو عليها لا الوظيفة التعليمية أو الانتقادية التي تقوم عليها وسائل الإعلام، ولا واجبها في نقل كل واقعة

(١) Murphy v. Florida, 421 U.S. 794 (1975).

تتعلق بالجريمة إلى الناس كافة. ذلك أن حق المتهم في محاكمة منصفة تتوافر لها ضوابطها وفق الدستور، مقدم علي حريتها في العمل.

ولئن جاز القول بأن الدستور لا يفرض علي الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام حظرا كاملا يمنعه به من عرض كل واقعة تناولتها النيابة أو الدفاع، وأن تنقلها إلى كافة تبصيرا بها؛ وكان من المقرر كذلك أن التغطية الإعلامية العريضة الاتساع، لها مخاطرها علي هيئة المحلفين وكذلك علي قضاء الجريمة، وأنها تحمل في ثوابها أحيانا شبهة الفصل في الجريمة علي ضوء انطباع لا يتصل بأدلتها؛ إلا أن هذه المخاطر هي التي يتعين أن تنتظر المحكمة إليها بعين يقظة، وأن تدفعها بكل قوة لضمان حق كل متهم في ألا يفصل في التهمة الموجهة ضده إلا علي ضوء أدلتها ونصوص القانون التي تحكمها دون غيرها.

وليس ثمة مبرر بالتالي للحظر المطلق علي التغطية الإعلامية للجريمة، حتى مع صحة القول بأن لهذه التغطية مخاطرها بالنظر إلى أثرها علي المحلفين والقضاة الذين صاروا بسببها موجهين بعوامل خارجية لا صلة لها بالجريمة في ذاتها، ولا بأدلتها. ذلك أن هذه المخاطر لا تتحقق من جهة في كافة القضايا الجنائية؛ وإنما تتوافر في أكثرها استثارة لاهتمام الجمهور سواء بالنظر إلى وحشتها أو إلى دناعتها وانحطاطها خلقياً واجتماعياً. ويظل لكل من المتهم ومحاميه، حق كامل وأصيل في التذليل علي أثرها علي القضاء والمحلفين، وفي توافر الشروط التي يتطلبها الدستور في المحاكمة المنصفة.

ولا محل بالتالي لتقرير حظر كامل علي التغطية الإعلامية، ما لم يَمَّ الدليل علي أنها في كل أحوالها، وكافة صورها، تؤثر بصورة موحدة لا مغايرة فيها في عقل المتهمين، والمحامين، والقضاة، والمحلفين، والشهود، وسلطة الاتهام، وأنها تحور كذلك من سلوكهم، لتصرفهم جميعا عن النظر إلى الجريمة وأدلتها، بما يخل بضوابط الحيطة التي يتعين أن يتحلي القضاة والمحلفون بها. وهو ما لا دليل عليه حتى في الجرائم العاطفية التي تثير اهتماما عريضا بين الناس، خاصة بعد تطور وسائل الإعلام علي نحو أتاح لها نقل ما يدور في المحكمة في غير جلبة، ودون أضواء مبهرة، وبطريقة متكئة، فلا تزدحم جلسات المحكمة برجال الصحافة وأدواتهم التي كانوا يشنون بها من قبل انتباه شهود الجريمة، والقائمين من رجال القانون بتحقيقها، والقضاة والمحلفين الذين يفصلون فيها.

٨٤٤- واليوم تحرص المحاكم جميعها، علي الحد من مخاطر التغطية الإعلامية في مجال الحماية التي توفرها لشهود الجريمة -من الأطفال وضحايا الجرائم الجنسية- وكذلك

الشهود الذين يمقتون الأضواء، ويصيبهم التوتر أو الفزع من نقل تفاصيل الجريمة وأحداثها من خلال الكاميرا.

٨٤٥- وحتى يتحقق التوازن بين التغطية الإعلامية الشاملة وبين حق المتهم في منعها، فإن سماع المحكمة لأقواله بالاعتراض عليها وتحقيقتها، يكون واجباً.

وعليها بالتالي أن تسجل أوجه الاعتراض هذه في محاضر جلسات، وأن تعطى حقها من التحليل، لتحدد بعدئذ من المخاطر التي يتوقعها أو تنتهيها. إذ ليس ثمة دليل قطعي على أن مجرد وجود وسائل الإعلام في جلسات المحكمة، يخل بالضرورة بحيثتها. ويتعين بالتالي النظر في كل حالة على حدة على ضوء حقيقة يفرضها الدستور، حاصلها أن الجو المحيط بالمحكمة من خلال التغطية الإعلامية، لا يجوز بحال أن يصرفها عن حيثتها، ولا أن يخل بانتيابها ويقتطعها، وأن التغطية الإعلامية -في ذاتها- لا تتنافس الوسائل القانونية السليمة، ولا تخل بالضرورة بمتطلباتها<sup>(١)</sup>.

وينبغي من ثم النظر إلى الحق في محاكمة مفتوحة، باعتباره حقاً لكل من المتهمين والجمهور؛ وأن نسلّم كذلك بأن وجود الصحافة والمراقبين المحايدين الذين يلحظون أو ينظنون ما يدور في جلسات، بكل معرفة وإعلان الطريقة التي تتعامل المحكمة بها مع القضية التي تنظرها؛ وأن حق المتهم في محاكمة منصفة، لا يقل شأنًا عن حق الصحافة في مباشرة مهامها، والتعبير عن رسالتها التي تنقلها إلى الجمهور<sup>(٢)</sup>.

٨٤٦- وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن علنية المحاكمة لازمة ألا يرد الجمهور عنها، وأن تكون قاعاتها مفتوحة للناس جميعهم بقدر اتساعها. ذلك أن الأفراد جميعهم متكافئون في هذه الضمانة التي يتمتعون بها بناء على نص في الدستور؛ وبوصفها جزءاً لا يتجزأ من الوسائل القانونية السليمة. وبدونها يبطل الحكم الصادر فيها، ولأنها في حقيقتها ضمان لمراقبة قضاة المحكمة في عملهم وتصرفاتهم، وعلى الأخص في طريقة تعاملهم مع المتهمين والشهود، وإدارتهم لجلساتها، وقدر تقيدهم بالحدود التي يقتضيها ضبطها، ومدى كفالتهم للفرص التي يعطونها للمتازعين أمامها.

وصار أصلاً حضور الجمهور لجلساتها، وبصرهم بما يدور فيها، وإحاطتهم بوقائعها؛ حتى لا تكون سريتها بديلاً عن إعلانها؛ ولأن وقوعها وراء جدران مغلقة يجهل بها ويحيطها

(١) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560 (1981).

(٢) Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1 (1986); Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965); Globe Newspaper Co v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

بالغموض؛ ويقوض حقوق المتهمين والمدّعين. ولا يجوز بالتالي جعل جلساتها سرية إلا في أضيق الحدود، ولصون قيم عليا<sup>(١)</sup>. Higher narrowly tailored values

ويحظر كذلك التمييز بين المواطنين في مجال حضور جلساتها. فلا يشهدا فريق من بينهم دون غيره، ولا في زمن من وقتها دون آخر، ولا ترد الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام عنها من خلال قيود ترقق أداءها لرسالتها دون مقتض.

وبقدر نهوض الصحافة بمسئوليتها من خلال رصدتها لكل واقعة في المحكمة تدخل في اهتمام قرائها، ولا تلونها بما يؤثر في عقيدة المحكمة، فإنها تكمل دور الجمهور في مراقبتها، وتحملها علي أن تدير جلساتها علي نحو يحقق للعدالة أعلى مراميها وأرقى قيمها.

ويتعين بالتالي النظر في سرية الجلسة وحرمان الجمهور والصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من دخولها، وذلك على ضوء اعتبارين يشهد بهما تحقيق خاص تجريه المحكمة بنفسها لتقرر سرية الجلسة أو فتحها.

أولهما: ما إذا كان راجحاً بصفة جوهرية أن يضار حق المتهم في المحاكمة المنصفة إذا قررت المحكمة علانية جلساتها؛ وأن قفلها لضمان سرية ما يدور منها، يقلل من مخاطر العلانية أو يمنعها.

ثانيهما: ما إذا توافرت بدائل منطقية يستعاض بها عن سرية الجلسة، وتكفل بطريقة ملائمة، حق المتهم في المحاكمة المنصفة<sup>(٢)</sup>.

There must be "specific findings" demonstrating first that there is a substantial probability that the defendant's right to a fair will be prejudiced by publicity that closure would prevent, and second that reasonable alternatives to closure, cannot adequately protect the defendant's fair trial rights.

٨٤٧- على أن علنية المحاكمة وضبط نظام جلساتها، أمران متلازمان. فالذين يشيرون اضطراباً في الجلسة، أو يعوقون إدارة العدالة علي وجه آخر، لا حق لهم في حضورها<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان موضوع الاتهام خلقياً، جاز إبعاد الإحداث عنها. ويجوز في كل حال إبعاد الخطرين عن المحاكمة، لأن الشهود قد يفرعون من مجرد وجودهم.

(١) Press- Enterprise Co. Superior Court, 464 U.S. 501, 510(1984) (Press- Enterprise 1).

(٢) Press- Enterprise Co Superior Court, 478 U.S. 1 (1986).

(٣) Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976); Walter v. Georgia, 467 U.S. 39 (1984).

وقد تخلى المحكمة قاعتها من بعض الحاضرين، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين الشهود أو المتهمين من الإدلاء بأقوالهم. وقد تزدحم القاعة بما يزيد على طاقتها، فلا يكون تنظيمها إدارياً للحق في محاكمة مفتوحة، بل إجراء ضرورياً.

وما لم تقرر المحكمة بنفسها جعل جلساتها سرية صوناً للنظام العام أو لحرمة القيم الخلقية، فإن حرمان أشخاص بذولتهم -ولو بصفة مؤقتة- من حضور جلساتها دون مبرر معقول -كإثارتهم جلبية فيها- يكون محظوراً. والتفرع في منعهم بأنهم قد يخرجون الشهود، ليس إلّا لغواً.

ولأن أقرباء المتهم يشدون أزره بمجرد وقوفهم إلى جانبه، فإن حرمانهم من دخول قاعة المحكمة، لا يكون مبرراً.

٨٤٨- ويفترض في كل محاكمة مغلقة، إضرارها بالمتهم وتقويضها لحقوقه، وعلى الأخص إذا تقرر حرمان محاميه وأسرته وأقربائه، من حضور جلساتها.

وتعتبر المحاكمة مخالفة للمستور، إذا أمر قضاتها -دون مقتضى- بإخلاء القاعة من الحاضرين، ولو لم يعترض المتهم على هذا الأمر. وكل قرار يصدر عن المحكمة بسرية جلساتها، يفيد بالضرورة حظر دخول وسائل الإعلام لقاعاتها، وحجبها بالتالي عن الاتصال بها ذلك أن سرية جلساتها لازمها منعها من حضورها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

ولا كذلك. تعمق أقوالهم ليس فقط لإظهار قدرتهم على الفهم العام، وإمكان استيعابهم ما يدور من حولهم؛ ولكن كذلك نيلاً من مصداقيتهم، كالتلليل على سبق إدانتهم بجريمة الشهادة الزور. ولا يجوز بالتالي التعويل على شهادة شهود النيابة أمام الدفاع إذا حام البطلان حولها بالنظر إلى ما يحيط بها من ظنون يعتبرا أوساط الناس شكاً معقولا في صحتها. ومن ذلك أن يكون باعثهم إلى الشهادة التي أدلوا بها، وعود عرضتها النيابة عليهم، أو أحقاد قديمة، أو ضغائن جديدة ضد المتهم، أو قدم المدة بين وقوع الجريمة والشهادة بأحداثها.

بل إن بواعثهم هذه كثيرا ما تنير الطريق إلى صدق أقوالهم أو كذبها. وكشفها يتصل بشرط المواجهة<sup>(١)</sup>؛ وعلى الأخص إذا حملتهم بواعثهم -المخالفة للقانون- والتي يندرج التحامل على المتهم تحتها- على تشخيصه في طابور العرض كفاعل للجريمة أو كشريك فيها، ثم الشهادة بعد ذلك أمام المحكمة بدوره في الجريمة.

ولا يجوز القول بأن تعمق الدفاع لبواعثهم تلك ومحاولة فضحها، مما يضر بحق الشاهد في كتمانها، خاصة إذا كان حدثا. ذلك أن كشفها يقوض قضية النيابة، ويثير شكوكا خطيرة في شأن مصداقية التهمة وصحة الدليل عليها.

رابعاً: علي أن شرط المواجهة لا يتصور في الشهادة السماعية التي ينقل فيها شخص عن آخر ما سمعه منه لحظة احتضاره، أو ما أقر به بالمخالفة لمصلحته الشخصية. ذلك أن الشهادة السماعية في هاتين صورتين تبدو موثوقا فيها. ويجوز الاعتماد عليها<sup>(٢)</sup>.

خامساً: كذلك فإن حق المتهم في أن يظل صامتا، وألا يشهد بأقوال لا يريد الإدلاء بها، يعتبر حقا دستوريا أصيلا، ولو كانت واقعة الجريمة ومركبيها، لم تتصل بعلم أحد غيره، ولا دليل على جناحتها إلا الشهادة التي حرص على كتمانها. فإن لم يشهد بما رآه، فإن اعتباره مذنباً بناء على هذا الامتناع، لا يجوز في غير النظم التقبيلية التي هجرتها الدول الديموقراطية، ويتمحض كذلك عقابا على مباشرة المتهم لأحد الحقوق التي منحها الدستور إياه، وتكلفة فادحة الثمن على تمسكه بامتياز عدم الشهادة ضد نفسه.

ولا يتصور في هذا الفرض كذلك إعمال شرط المواجهة، إذ يستحيل عقلا أن تغدب النيابة أقوالا لم يدل المتهم بها<sup>(٣)</sup>.

(١) Green v. McElroy, 360 U.S. 474 (1959).

(٢) Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

(٣) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

٨٥١- وينبغي أن يكون واضحاً أن المعونة للفعالة التي لا يجوز الانزول عنها في مجال دفاع المحامين عن موكلهم<sup>(١)</sup> Effective Assistance of Counsel، لا يراد بها ضمان أفضل تمثيل لهم، وإنما ينحصر هدفها في ضمان محاكمتهم بطريقة منصفة. فإذا وفاه المحامون، فإن دورهم في الدفاع عن المتهمين، يكون قد اكتمل. ويفترض -وكأصل عام- وفاءهم بواجبهم في الدفاع عن موكلهم. وهو افتراض لا يجوز أن ينقض، إلا إذا أقام المتهم الدليل على أن محاميه -في نطاق الخصومة الجنائية التي مثله فيها، وعلى ضوء ظروفها- لم يحط بها عن بصر وبصيرة، وقصر بالتالي في إيفائها حقها من الاهتمام. على أن يكون ملحوظاً أن تسليط الضوء على كل صغيرة وكبيرة أدار بها المحامون دفاعهم، يقوض استقلالهم، ويهدم الثقة بينهم وبين موكلهم، ويمنعهم من قبول بعض القضايا التي لا يطمنون إلى رجحان احتمال كسبها، ويحرض موكلهم على سوء الظن بهم إذا ما خسروها. ولا تعتبر أخطاء المحامين جميعها -حتى ما كان منها مجافياً أصول المهنة ومتطلباتها- مستوجبة نقض الحكم المطعون فيه. ذلك أن أداء المحامين لواجبهم يتوخي ألا يضر المتهمون من جراء التقصير فيه. فإذا لم يكن مضمون الحكم الذي دان موكلهم ليتغير ولو بذل محاموهم العناية الواجبة، فإن نقض هذا الحكم يكون عقيم الفائدة.

٨٥٢- وإذا كان الأصل هو افتراض أداء المحامين لواجبهم، إلا أن القرينة العكسية تقوم في حقهم حال تمثيلهم مصالح يناقض بعضها البعض Conflicts of interest، إذ يفترض إضرارهم بموكلهم إذا كان المحامي قد باشر دوراً فعالاً في تمثيل هذه المصالح، وكان التعارض القائم بينها قد انعكس سلباً على أدائه.

وفيما وراء دائرة المصالح التي يناقض بعضها البعض، والتي يفترض الضرر بتمثيلها، فإن على المتهم أن يقيم الدليل على ما حاق به من ضرر من جراء إخلال المحامي بواجبه. ذلك أن الحكومة لا تعتبر مسئولة عن أخطاء المحامين التي ينجم عنها نقض الحكم، وليس باستطاعتها كذلك أن تمنعها. فضلاً عن أن هذه الأخطاء تنتوع، وكثيراً ما يكون الضرر الناجم عنها غير مؤثر في نتيجة الحكم الصادر ضد المتهم. ويتعذر تصنيفها بوصفها من قبيل الأخطاء التي يكون الضرر بسببها واضحاً، ولا تحديدها على نحو يدعو المحامين إلى تجنبها. وينطبق ذلك سواء كان المحامون مأجورين من موكلهم ومختارين من قبلهم Retained of

(١) McMann v. Richardson, 397 U.S. 45 (1932); Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

one's choice and at one's expense أم كانوا معينين من المحكمة التي يمثلون المتهم أمامها<sup>(١)</sup>.

فالمحامية فن، وما يعتبر خطأ من المحامين في قضية ما، قد يكون إيهاراً في غيرها. ويضمن بالتالي أن يقيم المتهم الدليل ليس فقط على أن محاميه جاوز بأخطائه، واجباته المهنية وفق متطلباتها المنطقية، بل كذلك على تأثيرها سلباً على موقفه في القضية التي تناولها.

ويتحقق ذلك إذا أقام المتهم الدليل على أن ثمة احتمال معقول يرجح القول بأن مصير الخصومة الجنائية كان ليتغير لولا الأخطاء المهنية لمحاميه<sup>(٢)</sup>. كان بدال المتهم على أن اعتباره مسئولاً عن الجريمة، كان سيصير في الأرجح مشكوكاً فيه، إذا كان الدفاع قد خلا من الأخطاء التي انزلق فيها<sup>(٣)</sup>.

ويفترض للقول بانزلاق المحامي إلى أخطاء لو كان قد تجنبها لتغير وجه الرأي في الدعوى، أن يكون ماثلاً في كافة الإجراءات الجنائية متصلاً بها، وألا يكون المتهم قد نزل عن اختياره بإرادة حرة مدركة Intelligent Choice<sup>(٤)</sup>.

(١) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

(٢) يؤخذ بهذا المعيار كذلك في المعلومات التي تجبها النيابة عن الدفاع، وكذلك في الشهود الذين تطردهم الحكومة من البلد حتى لا يشهدوا لصالح المتهمين. إذ يتعين لفساد الإجراء في الحالتين، أن يقوم الدليل على أن مسار الخصومة الحنائية كان ليتغير لو لم تتخذ النيابة أو الحكومة هذا الإجراء.

(٣) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٤) ويلاحظ أنه في قضية:

Johnson v. Zerbet, 304 U.S. 458 (1938)

وفي قضية. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1936) تقرر كذلك هذا الحق للقراء.



### المبحث الخامس

#### الحق في محاكمة يتوافر لقضايتها الاستقلال والحيطة الكاملان

٨٥٣- تنص المادة ١٦٦ من الدستور على أن القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأى سلطة التدخل في القضاء أو شئون العدالة.

ويفترض هذا النص أن ضمان استقلال القضاة عاصم من التدخل في وظائفهم تحريفاً لها أو إخلالاً بمقرماتها، وأن القرار النهائي في شأن حقوق الأفراد وحررياتهم، بأيديهم، وأنهم هم الذين يردون صور العدوان عليها، ويقدمون الترضية القضائية التي يكفلها الدستور أو القانون لهؤلاء الذين يلونون بهم، لا يثيهم عن ذلك أحد، ولا تمنعهم جهة أيا كان شأنها عن أداء واجبهم.

ذلك أن استقلال السلطة القضائية مؤداه أن يكون لقضايتها الكلمة النهائية في كل نزاع يعرض عليها، وأن يكون تقدير واقعة للنزاع وتطبيق حكم القانون عليها حقاً خالصاً لهم لا يشوبه تأثير، أو إغواء، أو تدخل، أو ضغط، أيا كان نوعها، أو مداها، أو مصدرها، أو سببها، أو صورتها، ما يكون منها مباشراً أو غير مباشر.

ومما يعزز هذه الضمانة ويؤكددها، أن استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، مؤداه أن تتبسط ولايتها على كل مسألة من طبيعة قضائية؛ وأن يكون استقلال أعضائها كاملاً قبل بعضهم البعض. فلا تتأثر أحكامها بموقعهم من رؤسائهم أو أقرانهم، على ضوء تدرجهم وظيفياً فيما بينهم.

ويتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص، ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الآثار التي رتبها؛ ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها.

ويتعين دوماً أن يكون إسناد القضايا إليهم وتوزيعها فيما بينهم عملاً داخلياً محضاً، فلا توجه سلطة دخيلة عليهم أيا كان وزنها. ولا يجوز كذلك -في إطار هذا الاستقلال- تأديبهم إلا على ضوء سلوكهم الوظيفي؛ ولا عزلهم إلا إذا قام الدليل جلياً على انتفاء صلاحيتهم؛ ولا خفض مدة خدمتهم أثناء توليهم لوظيفتهم؛ ولا تعيينهم لأجل قصيرة يكون عملهم خلالها موقوتاً؛ ولا اختيارهم على غير أسس موضوعية تكون الجدارة والاستحقاق مناطها.

ويجب بوجه خاص أن توفر الدولة لسلطتها القضائية -بكل أفرعها- ما يكفيها من الموارد المالية التي تعينها على أن تدير بنفسها عدالة مقتردة، وإلا كان استقلالها وهما.

٨٥٤- على أن استقلال السلطة القضائية، وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلونون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها حال وقوع عدوان على حقوقهم أو حرياتهم، إلا أن حيدتها عنصر فاعل في صون رسالتها لا يقل شأناً عن استقلالها، بما يؤكد حقيقة أن حيدة القضاء واستقلالهم قسيمان متكاملان ومتظاهران، فلا ينفصل أحدهما عن الآخر<sup>(١)</sup>.

ولئن كان بعض الفقهاء يولون عنايتهم لاستقلال السلطة القضائية، ولا يعرضون لحيدتها إلا بصورة جانبية، ويمزجون بينهما أحياناً، إلا أن التمييز بين مفهوم استقلال السلطة القضائية وحيدتها، يتعين أن يكون فاصلاً بين معنيين لا يتداخلان، ذلك أن استقلال السلطة القضائية، يعنى أن تعمل بعيداً عن أشكال التأثير الخارجى التي توهن عزائم رجالها، فيميلون معها عن الحق إغواء أو إرغاماً، ترغيباً أو تهيباً.

فإذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق، تحاملاً من جانبهم على أحد الخصوم، وانحيازاً لغيره، لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل الداخلية التي تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر؛ كان ذلك منهم تغليباً لأهواء النفس، مناقياً لضمانة التجرد عند الفصل في الخصومة القضائية، مما يخل بحيادهم<sup>(٢)</sup>. يؤيد ذلك:

أولاً: أن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاء، وإن كفلتهما المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من الدستور، توقيفاً لأى تأثير محتمل قد يميل بالقضاة عن ميزان الحق انحرافاً؛ إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاء فى قضائهم لغير القانون.

وهذا المبدأ الأخير لا يحصى فقط استقلال القضاء، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائى وليد نزعة شخصية عبر متجردة. وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضى فى نزاع سبق أن أبدى فيه رأياً. ومن ثم تكون حيدة القاضى شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع القاضى فى عمله لغير سلطان القانون.

(١) انظر فى استقلال المحكمة وحيدتها، الحكم الهام الذى أصدرته المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة فى ١٥/٦/١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية وهو منشور فى ص ٧٦٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها- قاعدة رقم ٤٩.

(٢) الحكم السابق ص ٧٧٩ من الجزء السابع.

ثانياً: ما قرره إعلان المبادئ الأساسية في شأن استقلال القضاء التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين في ١٩٨٥/١١/٢٩ و ١٩٨٥/١٢/١٣. وهما قاطعان في أن القضاء يفصلون بحيثهم، في كل خصومة قضائية تعرض عليهما على ضوء وقائعها ووفقاً للقانون، غير مدفوعين بتحريض، أو معرضين لتدخل بلا حق، أو محملين بقيود أو تهديد أو بضغط ليا كان مصدرها أو سببها، ما كان منها مباشراً أو غير مباشر.

ثالثاً: أن تعلق ضمانتي استقلال السلطة القضائية وحيثتها بالخصومة القضائية، وانصيابهما معا على إدارة العدالة ضماناً لفعاليتها، مؤداه بالضرورة تلازمهما، فلا ينفصلان. ومن غير المتصور أن يكون الدستور نائياً بالسلطة القضائية عن أن تقوض بنيانها عوامل خارجية تؤثر في رسالتها، وأن يكون إيصالها الحقوق لذويها، مهدداً بالتواء بنال من حيدة وتجرد رجالها. وإذا جاز القول -وهو صحيح- بأن الفصل في الخصومة القضائية -حقاً وعدلاً- لا يستقيم إذا دخلتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر عنها، أيا كانت طبيعتها، وبغض النظر عن مصدرها، أو دوافعها، أو أشكالها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن تتعامل ضمانا استقلال السلطة القضائية وحيثتها في مجال اتصالها بالفصل في الحقوق انتصافاً لأصحابها، وترجيحاً لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها، فلا تلو إحداها على أخرى أو تجبها، بل يتضامان تكاملاً، ويتكافآن قرأً.

رابعاً: أن ضمانات المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٧، تعني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن يكون لكل خصومة قضائية قاضيهما -ولو كانت الحقوق المثاره فيها من طبيعة مدنية- وأن تقوم على الفصل فيها-علانية وإنصافاً- محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون، يتمكن الخصم في إطارها من إيضاح دعواه، وعرض أدلتها، والرد على ما يعارضها من أقوال غرماثة أو حججه على ضوء فرص يتكافأون فيها جميعاً، ليكون تشكيلها، وقواعد تنظيمها، وطبيعة النظم المعمول بها أمامها، وكيفية تطبيقها عملاً، مبلوراً للعدالة مفهوماً تديماً يلتزم مع المقاييس المعاصرة للدولة المتحضرة.

خامساً: أن مفهوم حق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، مؤداه أن مجرد النفاذ إلى القضاء لا يعتبر كافياً لصون الحقوق التي ترتد في وجودها إلى النصوص القانونية. وإنما يتعين دوماً أن يقتزن هذا النفاذ، بإزالة للعوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العنوان عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صور الأشكال الإجرائية المعقدة، كي توفر الدولة للخصومة في نهاية المطاف حلاً منصفاً يقوم على حيدة المحكمة

واستقلالها، ويعكس بمضمونه، التسوية التي يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها للترضية القضائية التي يطلبها.

سادساً: أن القيود التي فرضها الدستور على المشرع لحماية استقلال السلطة القضائية وحيدتها -لا نقضها أو انتقاصها من أطرافها- لا يجوز الخروج عليها<sup>(١)</sup>. ويعتبر إخلالاً بحيدة المحكمة أن تقوم بين أحد قضائتها، وبين المتهم المائل أمامها أو أحد الشهود، عداوة أو مودة لا يستطاع معها -في الأرجح- الحكم في الخصومة الجنائية بغير ميل -إيجابيا كان أم سلبيا.

ذلك أن ميزان الحق لا يستقيم مع وجود ميل يكون عاصفاً بالحق، أو مقيداً من محتواه، ولو لم تصل العداوة إلى حد الخصومة الجارحة، ولا المودة إلى حد مؤاكلة المتهم أو أحد الشهود أو قبول قضائتها هدايا منهم أو مسا كنتهم، سواء كان ذلك قبل رفع الخصومة الجنائية أو بعدها.

وليس شرطاً في المودة بالتالي أن تدل القرائن على متانتها ووثاقتها، ولا أن تكون العداوة جامحة في عمقها وشذبتها. بل يكفي أن تقوم للمودة أو العداوة في نفس القاضي، إذا كان من شأنها انحرافه بسببها عن ميزان الحق<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يتحقق كذلك إذا كان للقاضي مصلحة مالية مباشرة في الفصل في الخصومة الجنائية بما يضر بحرية المتهم أو يقيد من ملكيته.

٨٥٥- ومما ينافي حيدة المحكمة كذلك، انتقاء المحلفين أمامها من جهة أو فئة بعينها، واستبعاد أشخاص من تشكيلها بالنظر إلى عرقهم أو أصلهم، وعلى الأخص كلما كان هذا الاستبعاد مقصوداً Deliberate ومنهجياً Systematic وتحكمياً Arbitrary. ويعتبر تصنيفهم بالنظر إلى أعراقهم أو أصولهم أو لغير ذلك من الأغراض المجافية للمنطق، تمييزاً مخالفاً للدستور.

ولا يجوز بالتالي تكوين هيئة المحلفين من قطاع بعينه من المواطنين، وإن جاز الطعن في حيدة بعضهم، لضمان إقصائهم عن تشكيلها. ذلك أن تكوين هذه الهيئة وفقاً للدستور، يفترض تأليفها من أشخاص لا يسعون للفصل في الاتهام الجنائي على نحو معين. فإذا دل

(١) انظر في ذلك ص ٧٧٩ - ٧٨٢ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "ستورية" - جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٨٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

تشكيلها على ميل أعضائها عن الحق انحيازاً من جانبهم لعرق معين أو لطبقة بذاتها، بطل القرار الصادر عنها.

كذلك فإن قطعهم بآراء بنواتها في شأن الجريمة المدعى بها، وقبل بسط حقيقتها عليهم، يمنهم -في الأرجح- من اللجوء عن العقيدة التي كونوها سلفاً، بما يبطل المحاكمة في كافة إجراءاتها، هي والحكم الصادر فيها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك آراء مبدئية تدخل أحد المحلفين أو بعضهم في شأن الاتهام الجنائي قبل الفصل فيه، إذا لم تكن في مجملها غير انطباع عام عن الجريمة ومركبتها، قلما يصمد أمام التحليل الدقيق لواقعاتها، والعرض الأمين لأكثرها. فلا يكون هذا الانطباع العام غير تصور أولى يحتمل الخطأ لصورة الجريمة وجناتها. والقول بضرورة أن تصف أذهانهم من كل انطباع عنها، وأن يفصلوا في أمر ثبوتها أو انتفاؤها وكأنهم قبل مجلسهم في هيئة المحلفين لم يسمعوا عنها شيئاً، ولم يتصل بهم أمر يتعلق بها، ليس إلا تكليفاً بما لا يطاق.

٨٥٦- على أن حيدة المحكمة قد يشوهها رصد أجهزة الإعلام -التلفزيون على الأخص من بينها<sup>(٢)</sup>- لكل ما يدور بها إلى حد التغطية الشاملة لواقعاتها، بما يؤثر في الأعم من الأحوال- على نوعية الشهود الذين يمثلون أمامها، وكذلك على نوع شهادتهم التي يدلون بها، وعلي الأخص إذا كان بعض الشهود خجلين بطبيعتهم، أو كانوا من المظهرين الذين تعجبهم صورتهم، ونشر وسائل الإعلام لها أثناء شهادتهم.

فالحجولون من الشهود مترددون بطبيعتهم. ويزداد ترددهم عمقا إذا بان لهم أن وسائل الإعلام تنقل شهادتهم. ولا كذلك من يعجبهم التظاهر بتأهيا بنشر الإعلام لصورهم. إذ غالباً ما يركزون على أوضاعهم أثناء الشهادة أكثر من التركيز على مضمونها والإدلاء بما سمعوه أو عرفوه عن الجريمة، أو شاهدوه أثناء ارتكابها.

٨٥٧- وكلما كان المتهم شخصية معروفة لها دورها المشهود في العمل العام، أو كان لها شهرتها في مجال الجريمة المنظمة، أو كان قد أُنقن التخطيط لها أو برع في تنفيذها، وكان قضاة الجريمة لم يركزوا أذهانهم عليها بعد أن شنتها وسائل الإعلام المتراخمة على نشر كل تفصيلاتها، والطاغية في قوة تأثيرها، فإن محاكمة المتهم عن هذه الجريمة تتخذ صورة شكلية مجافية لإنصافها.

(1) Duncam v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

(2) ولا ينبغي ذلك حق الصحافة في دخول قاعة المحكمة لمراقبة وتسجيل ما يجري فيها  
Richmond Newspapers, Inc v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

ومما يذال من حيدة المحكمة كذلك، أن تفرض الجماهير سيطرتها عليها من خلال آرائهم التي يعبرون بها عن سخطهم على الجريمة، وثورتهم على مرتكبيها، وهياجهم داخل قاعة المحاكمة وخارجها طلباً للقصاص منهم، والتككيل بهم، ولو عن طريق أوراق يطبعونها ويوزعونها على المارة.

ذلك أن المحاكمة الجنائية لا يقيّمها تأثير ضار يكون عاصفاً بالوظيفة التي تقوم عليها، وعلى الأخص كلما كان من شأن هذا التأثير أن يفقد المتهمون اطمئنانهم، وأن يعجز الدفاع عن أن يقدم لهم المعاونة الفعالة التي يتوقعونها، وأن يتضاعل بالتالي احتمال الحكم ببراءتهم.

فلا نكون الجماهير الغاضبة غير معول هدم للحقيقة القضائية التي توازن -في محصلتها النهائية- أدلة الجريمة تلك التي تنفيها، وتقابل شهادة الشهود ببعضها، وترجح ما تراه صائبا منها، فلا يكون الحكم ملونا بأجواء ملبدة، فرضتها الجماهير على المحكمة بقصد توجيهها وجهة بعينها تقدر هي صوابها، بعد أن طبعتها بتصورها الخاص، ويعواطفها المتأججة، وينزوعها إلى البطش بالمتهمين. وهو ما يناقض حقيقة أن كل اتهام جنائي يقتضى تحقيقا هادئا يوزن فيه كل دليل بقدره. فلا تؤثر فيه عوامل لا صلة لها به، ويندرج تحتها تلك الأجواء الصاخبة التي تحيط بالمحلفين والدفاع، والتي يتعين على المحكمة أن تبذل جهدها لإجهاضها بما يكون ملائما من التدابير، كعزلها المحلفين والشهود في أماكن تعصمهم من احتمال التأثير عليهم؛ وحجبهم كذلك عن الاتصال بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وتقييد المعلومات التي تنشرها في شأن الجريمة، وعلى الأخص تلك التي تنقلها عن المحامين والنيابة العامة ورجال الشرطة؛ إذا أساء نشرها للمتهمين، أو شوه سمعتهم، أو حرض آخرين عليهم، أو عرض للخطر الحماية القضائية للشهود التي تؤمنهم من كافة المخاطر التي تنال من حريتهم، أو التي تؤثر في شهادتهم<sup>(١)</sup>.

فإذا تعذر على المحكمة أن تتخذ مثل هذه التدابير، أو بان لها عدم جدواها، تعين أن تتم المحاكمة في مكان آخر، وفي أجواء أفضل *Changing the Venue of the trial* حتى يتوافر للمتهمين الحد الأدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يأتي الحق في سماع أقوالهم في مقدمتها.

(١) Moore V. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923).

المبحث السادسحق المواجهةThe Right to Confrontation

٨٥٨- ولأن الأصل في كل محاكمة جنائية هو شفوية إجراءاتها حتى تكون المحكمة عقيدتها من التحقيق الذي تجريه بنفسها في جلساتها؛ وكان التحقيق الابتدائي -وهو مدون بالضرورة- لا يحل محل المحاكمة في أية مرحلة من مراحلها، ولا هو بديل عنها، بل يمدد لها، وقد لا يؤخذ به<sup>(١)</sup>؛ فإن مواجهة المتهم للشهود في مرحلة للتحقيق الابتدائي، لا تنفي النزول عن هذا الحق أثناء الفصل في الاتهام<sup>(٢)</sup>.

فضلاً عن أن مرحلة التحقيق الابتدائي يعيها تسرعها، ونمطيتها، وعدم تعمقها حقائق الاتهام بما يحيط بجوانبها المختلفة، وتتسم كذلك بقصور معلوماتها في شأن الجريمة، فلا يلم الدفاع بحقيقة أوضاعها بصورة كافية.

٨٥٩- وتفترض مواجهة الشهود، أن يكون بإمكان الدفاع تنفيذ أقوالهم، ومقارعتها بالحجة التي تنفيها. فإذا كانوا غائبين، أو تعذر العثور عليهم، أو كانوا من غير المواطنين الذين أبعدتهم الدولة عن إقليمها حتى لا يناقشهم الدفاع عن المتهمين، فإن التعويل على أقوالهم يكون لغواً. ذلك أن تكذيبها في هذه الأحوال -من خلال شرط المواجهة- يكون غير متصور<sup>(٣)</sup>.

٨٦٠- ولا يجوز بالتالي -وكأصل عام- تأسيس إدانة المتهم على أقوال لأشخاص تعذر حضورهم لمواجهتهم بالشهادة التي أدلوا بها، وتجريحها.

ذلك أن غيابهم ينفي فرص تعييبها، ويبقيها على حالها دون خوض في دلالتها، ولا في صحتها. وهو ما تأباه النظم العقابية جميعها التي تنظر إلى شرط المواجهة باعتباره جزءاً من

(١) انظر في ذلك ص ٦٠٢ من مؤلف الأستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض في المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية- طبعة ١٩٩٩- دار المطبوعات الجامعية.

(٢) ومن قبل النزول عن حق المواجهة أن نقرأ النيابة- بموافقة المتهم أحياناً أدلى بها شاهد غائب في إجراءات سابقة على المحاكمة، أو أن نقرأ النيابة- بموافقة المتهم - بيلاً بالشهادة التي وقع عليها الشاهد والتي كان ليلى بها لو كان حاضراً. ويعتبر كذلك نزولاً عن الحق في مواجهة الشهود الذين أدلوا بشهادتهم في غيبة المتهم، أن يختار المتهم بإرادته عدم الحضور أثناء محاكمته. وهو يتخلى كذلك عن هذا الحق إذا لم يطلب في وقت ملائم مترجماً لترجمة أقوال شاهد لا يفهمها.

(٣) Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899); Pointer v. Texas, 380, U.S. 400 (1965).

مكوناتها، وثيق الصلة بالحق في الدفاع، وبالحق في محاكمة منصفة يتوافر لكل متهم خلالها، الحق في سماع أقواله. ومن ثم ينحصر إعمال شرط المواجهة في النظم العقابية دون غيرها. فلا يكون للعاملين المدنيين في الدولة حق تطبيقه في مواجهة رؤسائهم الذين فصلوهم من وظائفهم، وإن قال آخرون بأن هذا الشرط لازم، ولو كان الإجراء إدارياً، كرفض قيد محام في الجدول أو إسقاط عضويته في النقابة بعد ثبوتها<sup>(١)</sup>.

٨٦١- كذلك تبطل كل شهادة حجبها المحكمة عن الدفاع. ذلك أن إخفاءها يجهل بها، فلا تتاح فرص مواجهتها لبيان وجه الحق فيها. يؤيد ذلك أن شرط المواجهة مؤداه ألا تدأر المحاكمة الجنائية بطريق الخداع. ومن صورته إخفاء النيابة لأدلة الجريمة التي يبدأها عن متهمها، أو إخفاء المتهم عنها للأدلة التي يحوزها وتفتيها. ذلك أن حق كل من الدفاع والنيابة في الاطلاع عليها، حق أصيل. ويفترض هذا الحق أن يتبادلا كشفها إلي أقصى حد مستطاع عملاً، علي تقدير أن قبض أحدهما في يده علي أدلة الجريمة وإخفائها عن الآخر، مؤداه أن يفتاجاً بها أثناء المحاكمة بما يعجزه عن أن يوفر وقتاً كافياً لبناء دعواه.

#### ويظهر ذلك على الأخص من النواهي الآتية:

أولاً: أن المتهمين بالجريمة قد يشهدون بأنفسهم، أو يأتون بشهود لنفيها، بقصد تقليل مخاطر إدانتهم. فإذا قرروا إحضار الشهود الذين ينفونها، تعين عليهم إخطار النيابة بأسمائهم حتي تعد معلوماتها عنهم، وعن ماضيهم في الجريمة إن كانوا قد ولغوا فيها، ولتواجههم بنفسها لتجريح أقوالهم ونفي مصدقيتها. ولا يعتبر ذلك حملاً للمتهمين علي الشهادة ضد أنفسهم بما يدينهم.

وقد تكون الأدلة التي بيد النيابة، والتي جمعتها قبل محاكمتهم، متكاملة قوية دعائهم. فلا يكون أمام المتهمين من خيار إلا التكليل علي غيابهم عن مسرح الجريمة لوجودهم مع آخرين في مكان آخر وقت الجريمة، أو تقديم شهود ينفون الجريمة عنهم، ولو كان لجوءهم لهؤلاء الشهود قد أفضي إلي كارثة حقيقية بعد أن تطرق الخلل إلي شهادتهم.

فإذا ما اختار المتهمون الركوب إلي حجة غيابهم عن مسرح الجريمة وقت ارتكابها، كان عليهم إخبار النيابة بأسماء هؤلاء الآخرين الذين كانوا معهم، حتى تناقشهم النيابة وتتحض أقوالهم The notice of alibi.

(١) United States v. Hicks (1930, CA9 Ca 1) 37 F 2d 289, 292.



ثانياً: لا يجوز للنيابة أن تخلص مما بيدها من الأدلة التي يفيد المتهم منها، بالنظر إلى صلتها ببراءة المتهم من الجريمة التي اتهم بارتكابها Exculpatory evidence.

ذلك أن العدالة الجنائية لا يجوز هدمها من خلال إخفاء القرائن أو الأدلة الظرفية النافية للجريمة. وليس واجباً على النيابة في هذا المقام، أن تقدم للمتهم ملفاً كاملاً بالقضية؛ وإنما يكفيها أن تمدّه بالأدلة التي يفيد منها، والتي يضر إجهاضها بحقه في محاكمة منصفة.

ومن ذلك إخفاء النيابة أدلة عن المتهم إذا كان من شأنها التكليل على أن شهود النيابة لهم مصلحة في إدانته. ذلك أن الشهادة الكاذبة تؤثر بالضرورة في نتيجة الحكم، وتتناقض كذلك شرط الوسائل القانونية السليمة، ولا يمكن الاعتماد عليها، أو الاطمئنان لها، بالنظر إلى أثرها في توجيه المحكمة وتكوين عقيدتها إذا ظل كذبها خافياً عليها، خاصة إذا كان شهود النيابة ما كانوا ليشهدوا لصالحها لولا عرضها عليهم، أن تغفلهم من جريمة دخلوا فيها، أو أن تتهمهم بجريمة عقوبتها أقل من تلك التي ارتكبوها.

يؤيد هذا النظر أن المحاكمة الجنائية لا تتوخي أكثر من إطلاق سراح الأبرياء، وتقرير مسؤولية الجناة عن جرائمهم. وكلما وجد بيد النيابة دليل لمصلحة المتهم، فإن كشفها عن هذا الدليل سلفاً، يعجل الطريق إلى إظهار الحقيقة، أو على الأقل قد يثير شكوكاً لها وجاهاً حول مسؤولية المتهم عن الجريمة التي اتهم بها.

ثالثاً: أن مواجهة الشهود إجراء يحتكم إلى العقل ومنطق الأمور، وما يتوخاه هو معرفة قدر الصدق في شهادتهم، حتى لا يؤخذ بالشهادة التي قام الدليل على كذبها<sup>(١)</sup>.

٨٦٢- ومن ثم كان لكل منهم، حق في مواجهة شهود الاتهام، كي يناقشهم في أقوالهم ويقيم الدليل على اضطرابها، أو تناقضها، أو تحاملها، أو وهنها. وله أن يعارضها على الأخص بقرائن يقدمها، وبأوراق تكذبها، وأن يردّها بخير ذلك من الوسائل التي تسقطها، كالتكليل على زيفها ومجافاتها للحقيقة، سواء في كافة تفصيلاتها، أو في بعض أجزائها.

ولا يقصد بمواجهة الدفاع للشهود غير استجوابه لهم، ليبيان وجه الحق في أقوالهم، بشرط ألا تكون الأسئلة التي يوجهها الدفاع لهم، مكررة أو لا صلة لها بالجريمة، أو منطوية على التحرش بهم.

(١) Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968); Smith v. Illinois, 390 U.S. 129 (1968); Alfred v. United States, 282 U.S. 687 (1931); In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

ولا كذلك تعمق أقوالهم ليس فقط لإظهار قدرتهم علي الفهم العام، وإمكان استيعابهم ما يدور من حولهم؛ ولكن كذلك نيلا من مصداقيتهم، كالتكليل علي سبق إدانتهم بجريمة الشهادة الزور. ولا يجوز بالتالي التعويل علي شهادة شهود النيابة أمام الدفاع إذا حام البطلان حولها بالنظر إلي ما يحيط بها من ظنون يعتبرها أوساط الناس شكاً معقولا في صحتها. ومن ذلك أن يكون باعثهم إلي الشهادة التي أدلوا بها، وعود عرضتها النيابة عليهم، أو أحقاد قديمة، أو ضغائن جديدة ضد المتهم، أو قدم المدة بين وقوع الجريمة والشهادة بأحداثها.

بل إن بواعثهم هذه كثيرا ما تتير الطريق إلي صدق أقوالهم أو كذبها. وكشفها يتصل بشرط المواجهة<sup>(١)</sup>؛ وعلي الأخص إذا حملتهم بواعثهم -المخالفة للقانون- والتي يندرج التحامل علي المتهم تحتها- علي تشخيصه في طابور العرض كفاعل للجريمة أو كمشريك فيها، ثم الشهادة بعد ذلك أمام المحكمة بدوره في الجريمة.

ولا يجوز القول بأن تعمق الدفاع لبواعثهم تلك ومحاوله فضحها، مما يضر بحق الشاهد في كتمانها، خاصة إذا كان حدثا. ذلك أن كشفها يقوض قضية النيابة، ويثير شكوكا خطيرة في شأن مصداقية التهمة وصحة الدليل عليها.

رابعاً: علي أن شرط المواجهة لا يتصور في الشهادة السماعية التي ينقل فيها شخص عن آخر ما سمعه منه لحظة احتضاره، أو ما أقر به بالمخالفة لمصلحته الشخصية. ذلك أن الشهادة السماعية في هاتين الصورتين تبدو موثوقا فيها. ويجوز الاعتماد عليها<sup>(٢)</sup>.

خامساً: كذلك فإن حق المتهم في أن يظل صامتا، وألا يشهد بأقوال لا يريد الإدلاء بها، يعتبر حقا دستوريا أصيلا، ولو كانت واقعة الجريمة ومركبها، لم تتصل بعلم أحد غيره، ولا دليل علي جناحتها إلا الشهادة التي حرص علي كتمانها. فإن لم يشهد بما رآه، فإن اعتباره مذنباً بناء علي هذا الامتناع، لا يجوز في غير النظم التغيبية التي هجرتها الدول الديمقراطية، ويتمحض كذلك عقابا علي مباشرة المتهم لأحد الحقوق التي منحها الدستور إياه، وتكلفة فادحة الثمن علي تمسكه بامتياز عدم الشهادة ضد نفسه.

ولا يتصور في هذا الفرض كذلك إعمال شرط المواجهة، إذ يستحيل عقلا أن تتعد النيابة أقوالا لم يدل المتهم بها<sup>(٣)</sup>.

(١) Green v. McElroy, 360 U.S. 474 (1959).

(٢) Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

(٣) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

سادساً، وفضلاً عما تقدم، فإن حق الشخص في ألا يحرم من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة، يفترض ضمان حقه في سماع أقواله<sup>(١)</sup>. وأن يكون كذلك قادراً على استخدام الوسائل الجبرية التي يملكها وفقاً للمستور لاستدعاء شهوده الذين يقدر تعلق شهادتهم بالجريمة وإنتاجها في نفعها. ولا يكتل حق المتهم في استعمال هذه الوسائل الجبرية، ما لم يكن من حقه أيضاً أن يظهر بنفسه على منصة الشهود لينفي بأقواله الجريمة التي تتهمه النيابة بها.

وهو يدلي دائماً بشهادته إذا قرر أنها في مصلحته، وأنها تعينه على دحض التهمة وتقويض عناصرها. بل إن الشهادة التي يدلي بها تعتبر في كثير من الأحوال أكثر أهمية غيرهما من وسائل الدفاع التي ترد التهمة على أعقابها<sup>(٢)</sup>.

وللنيابة أن تواجه هذه الشهادة من خلال أسئلتها التي تجرحها، وتفتي مصداقيتها، وفق الأسس ذاتها التي يركن إليها المتهم تشكيكا في مصداقية شهود النيابة. ذلك أن المواجهة في هذين الفرضين هدفها ألا يؤخذ بشهادة تحمل في ثناياها دلائل وهنها. بل إن حق المتهم في الدفاع بالأصالة عن نفسه، وأن يقدم -بكلماته- رؤيته الخاصة لواقعة الجريمة وظروفها، أكثر أهمية من الدفاع عنه بطريق الوكالة.

وكما قرر المتهم أن يشهد بنفسه لنفي الاتهام، كان ذلك هو الوجه المقابل لاختياره عدم الإدلاء بشهادة قد يدان بسببها، بما موداه أن لكل متهم الحق في أن يظل صامتا، أو أن يختار الدفاع أصالة عن نفسه بمحض إرادته الحرة.

فإذا ما اختار الشهادة، قام حق النيابة في مواجهتها ولو كان قد أدلى بالشهادة بعد تتويمه مغناطسيا بقصد إنعاش ذاكرته عن الجريمة واستنهاض وقائعها الفائرة في ظلمة العقل، وإن جاز فرض قيود منطقية على عملية التتويم هذه، كأن يشترط إجراؤها عن طريق أهل الخبرة الذين لا صلة لهم بالتحقيق، ولا مصلحة لهم فيه، حتى يتم بصورة مجردة لا انحياز فيها ولا إحاء. وهو ما يقتضي أن يقوم الخبير بدوره في مكان لا يحضره غيره هو والشاهد.

كذلك فإن تسجيل المنوم لكل قول أدلى به الشاهد، موداه ضرورة معرفة الأسئلة التي وجهها له.

(١) Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44 (1987).

(٢) يفترض في شهادة الشريك على القاتل الأصلي للجريمة، أنها غير موثوق بها. Presumptively unreliable.

ولضمان مصداقية هذه الشهادة، فإن الأقوال التي يدلي الشاهد بها أثناء التتويم، تجوز مقبلتها بغیرها من الأدلة، وإظهار أوجه التناقض فيها من خلال الأسئلة التي توجه إليه في إطار شرط المواجهة.

وبالتالي يعتبر مخالفاً للدستور، إطلاق القول بأن كل أقوال يدلي شخص بها من خلال عملية تتویم يجريها خبير بها وبوسائلها، لا يجوز الأخذ بها، أو التعويل عليها في وصفها للجريمة وما اتصل بأوضاع ارتكابها؛ وإنما هي شهادة يجوز الاعتماد عليها، ولو بقدر كبير من التحوط في شأن دلالتها.

ملاحظة: أن افتراض البراءة -ولو لم يرد به نص في الدستور- من الحقوق الجوهرية التي لا تقوم بدونها لية محاكمة منصفة. وإذا كان الأصل المقرر قانوناً هو أن تبرهن النيابة بنفسها على أن التهمة التي نسبتها إلى المتهم لها معینها من الأوراق، فقد تعین أن تصفو أذهان القضاة والمحلفين من كل تأثير لا يتصل بأدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم. فهذه الأدلة وحدها -سما في ذلك أقوال الشهود- هي التي يجوز مجابتهها والنظر فيها، وهي التي يتحدد علي ضوئها مصير الاتهام، ولا شأن لسواها بالتهمة من جهة إثباتها أو نفيها. فلا القبض علي المتهم ولا احتجازه قبل المحاكمة مددا متصلة، ولا تحديد شخصيته من خلال طابور عرض، بمنح في مجال التدليل علي التهمة وجوباً أو سلباً. وإنما هي الأدلة وحدها التي ينبغي النظر فيها وبناء الحكم عليها؛ لتكون مناقشتها والتدليل علي وهنها، أو انتفاء صلتها بالجريمة أو عدم انتاجها في إثباتها، حقاً لكل متهم لا يجوز إهداره<sup>(١)</sup>.

ويعتبر رفض المحكمة تنبيه هيئة المحلفين إلي دلالة أصل البراءة ومغزاه، مخالفاً لفرائض المحاكمة المنصفة التي يتطلبها الدستور.

ثامناً: ولا ينال من حق المتهم في الاعتماد علي الأدلة وحدها للتدليل علي الجريمة التي اتهم بها، تعليق النيابة علي هذه الجريمة ووصفها لها بالفحش أو بمناقاة القيم الإنسانية، إذا لم يكن لهذا التعليق أثر علي تكوين عقيدة ما في شأن الاتهام، وكان القضاة قد نبهوا هيئة المحلفين أكثر من مرة إلي أن مهمتها تنحصر في تقييم أدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم، وأن أقوال النيابة أو تعليقاتها علي الجريمة، لا تعد دليلاً علي أن المتهم قد ارتكبها<sup>(٢)</sup>. خاصة وأن أقوال المتهم الختامية، هي التي تواجه كل تعليق للنياية علي الجريمة، وتنفذ أدلتها.

(١) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978).

(٢) Darden v. Wainwright, 477 U.S. 168 (1986).

تاسعاً: أن اللجوء للوسائل الجبرية لحمل الشهود عند الضرورة على الظهور أمام المحكمة، يكفل لكل من النيابة والمتهم، عرض رؤيتهما في شأن الجريمة ومركبتها، ليقدر القضاة أو هيئة المحلفين وجه الحق في أقوال شهودها. أو شهود المتهم. وكما أن للمتهم حق مواجهة الشهود الذين تعرض النيابة من خلالهم وجهة نظرها في شأن الجريمة ووقائعها وجناتها، فإن النيابة أن تقدم شهودها هي لبناء قضيتها. ويرتبط هذا الحق في هاتين الصورتين بالوسائل القانونية المليمية<sup>(١)</sup>.

عاشراً: ويفترض حق المتهم في مواجهة الشهود الذين يشهدون ضده، أن يكون مائلاً بشخصه أثناء الفصل في الاتهام، ما لم تأمر المحكمة بطرده من قاعتها إذا أخل بنظام جلساتها بالنظر إلى ما يثيره من لغط وجلبة أو علي ضوء اللغة الجارحة التي يتحدث بها. ذلك أن الإدارة المليمية للمدالة الجنائية تنقذ حضوره، فلا يعود إلى قاعتها إلا إذا استقام سلوكه<sup>(٢)</sup>.

حادى عشر: ويتوخي حق المتهم في مواجهة شهود النيابة ليس فقط توجيه أسئلة إليهم لبيان وجه الحق في شهادتهم، وإنما كذلك إيقاظ ضميرهم وحملهم على مواجهة القضاة وهيئة المحلفين حتى يرونهم بأعينهم، ويراقبون انفعالاتهم وتصرفاتهم، وهم على منصة الشهادة، ويحكمون من ثم على شهادتهم بالصدق أو بالبطلان.

ولا يجوز بالتالي أن يبدن متهم بناء على شهادة أُلتي بها شخص في قضية سابقة لا صلة للمتهم بها<sup>(٣)</sup>؛ ولا أن تقدم النيابة -كدليل ضد المتهم- أقوالاً أُلتي بها خارج المحكمة، ولا في مرحلة أولية من مراحل التحقيق معه، ولا تسجيلاً صوتياً بأقواله. ذلك أن مواجهة المتهم لشهود النيابة في المحكمة ذاتها، وأمام قضااتها، يعتبر حقاً دستورياً لا يجوز التفریط فيه. لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الأحوال التي تحمل فيها الشهادة التي لم يواجهها المتهم، دليل صدقها، كالشهادة التي يدلي بها المحتضرون بها Dying declaration، أو التي تدينهم بالنظر إلى مضمونها. إذ لا مصلحة لهم في هاتين الحالتين في الالتواء بالحقيقة أو تحريفها.

<sup>(١)</sup> Washington v. Texas, 388 U.S. 14 at 19, (1967).

<sup>(٢)</sup> Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970).

<sup>(٣)</sup> لأن كانت المواجهة لا تتحقق في شهادة نقل محتواها عن محاضر محكمة سابقة، إلا أن ثمة اتجاه يجيز التعليل عليها إذا تحذر الإعتداء لموطن أصحابها، أو فلم الدليل على وفاتهم، أو أصابتهم بمرض أقدمهم عن الحركة. كذلك تقرر بعض التشريعات جواز الاعتماد على البيانات التي يدونها التجار في دفترهم في نطاق معاملاتهم التجارية مع بعضهم البعض.

ومن ثم كان الأصل هو أن يواجه المتهم شهود النيابة، حتي ينفي عن شهادتهم مصداقيتها. ويفترض ذلك أن يكون هؤلاء الشهود ماثلين أمام المحكمة يشهدون بما أدركوه بحواسهم، ما لم يكن المتهم قد نزل اختيارا عن الحق في المواجهة، أو فرط إهمالا في إجرائها.

ثاني عشر: أن تقرير حق المتهم في مواجهة الشهود الذين تأتي بهم النيابة ليس إلا تعبيرا عن قواعد القانون العام التي تركت جذورها إلي عام (١٦٠٠).

وليس للنيابة بالتالي أن تقدم أحد الشهود إلي المحكمة، وأن ترفض في ذات الوقت مواجهته بالأسئلة التي يطرحها عليه المتهم. ولا يجوز كذلك أن يكون الحكم الصادر بإدانة شخص معين في جريمة سرقة أشياء تملكها الدولة، دالا بصفة قطعية علي أن من تلقاها بعد سرقته، كان يعلم باختلاسها.

ذلك أن حق المتهم في مواجهة كل واقعة يجوز أن تتخذ دليلا ضده، يفترض بالضرورة ألا تكون هذه الواقعة ذاتها قد أثبتت اتهام سابق لم يكن المتهم طرفا فيه، ولم يخول حق محضها والتليل علي عكسها، ولم تعرض في حضوره ليناقضها وينقضها.

ثالث عشر: وليس للمتهم أن يدعي علي المحكمة إنكارها لحقه في مواجهة الشهود، إذا كان هو قد أقنعهم بعدم الظهور أمامها. وليس للنيابة ولا لسلطة حكومية حق في إخفاء أسماء شهودها قولا منها بأنهم هم الذين أرشدوا سرا عن الجريمة، أو بأن معلوماتهم عنها لا يجوز كشفها بالنظر إلي صلتها الوثيقة بالأمن العام. إذ يتعين علي الدولة أن تناضل بين تقديم أدلتها إلي المحكمة أو إسقاط التهمة عن المتهم.

وتصدق هذه القاعدة ذاتها علي التقارير التي تعدها أجهزة الشرطة عن نشاط غير مشروع، علي ضوء الشهادة التي أدلي بها أمامها، أشخاص لهم صلة بهذا النشاط. إذ لا يجوز أن تستر هذه الأجهزة وراء سرية هذه التقارير لحجبها عن المتهم حتي لا يناقضها، وعني الأخص كلما كان لبعض أجزائها صلة بالجريمة المدعي بها. وإنما يتعين كشفها للمتهم حتي لا يحرم من الحق في تجريحها. وهو حق هام يتعين ضمانه بكل الوسائل. بل هو من الحقوق الجوهرية التي لا يقتصر تطبيقها في الدول الفيدرالية علي الحكومة المركزية، وإنما تنطبق به ولاياتها كذلك بالنظر إلي قيمة هذا الحق في تحقيق موازين العدالة التي تختل بالضرورة إذا قام حكم الإدانة علي أقوال لم يواجهها المتهم، سواء كانت زائفة في حقيقتها، أم كانت أقوالا أدلي بها أحد شركائه، ولم يواجهها للطعن في مصداقيتها.

رابع عشر: وكلما غاب الشاهد أثناء المحاكمة، فإن الأخذ بشهادته في مرحلة التحقيق الابتدائي في الجريمة لا يجوز، ما لم تبذل الحكومة كل جهد صادق لتأمين حضوره ثم غاب مسعاها.

وتعتبر كل ملاحظة يبديها أحد الشهود لهيئة المحلفين خارج قاعة المحكمة في شأن المتهم أو الجريمة المطروحة عليهم، عديمة الأثر ولا يجوز التعويل عليها<sup>(١)</sup>.

خامس عشر: أن مقابلة المتهم لشهود النيابة وجها لوجه *Fáce to face confrontation* ليس مطلوباً في ضحايا الجرائم الجنسية، الذين لا يستطيعون أن يشهدوا بما أصابهم من عدوان إذا كان المتهم به مثلاً أمامهم يروعه مجرد وجوده قبلهم. وهو ما دعا إلى ابتداع وسائل فنية - كالنواثر التلفزيونية المغلقة *Closed circuit television* - التي بدلى ضحايا هذه الجرائم من خلالها بشهادتهم بعد عزلهم عن المتهمين بارتكابها، ودون إخلال بحق هؤلاء في مواجهة الشهادة التي يدلون بها للتدليل على كذبها. ويباشر المتهمون هذا الحق عن طريق الأسئلة التي يتلقونها من موكلهم ويطرحونها على هؤلاء الضحايا للتشكيك في صدق شهادتهم<sup>(٢)</sup>.

(١) قلوا أن الحاجب المنوط به خدمة هيئة المحلفين أثناء انعقاد جلساتهم، أخبرهم بأن المتهم رجل شرير وفاسد ولا يجوز التردد في إدانته، وأن خطابهم في قرار الإدانة يجوز تصحيحه أمام محكمة الاستئناف، فإن قرار الإدانة الصادر عنهم بعد ذلك، يعتبر باطلاً.

(٢) *Kentucky v. Stincer*, 482. U.S. 730 (1987); *Maryland v. Graig*, 497 U.S. 836 (1990).

المبحث السابعتشخيص الاتهامSpecificity of accusation

٨٦٣- يعتبر إخطار المتهم بالتهمة الموجهة إليه، ولقعا في نطاق الحد الأدنى من الحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام، وأحد الفرائض التي تتطلبها المحاكمة المنصفة بشرط أن يكون هذا الإخطار قاطعا بطبيعة التهمة، وبإدلتها، وأن يصاغ في عبارة واضحة لا غموض فيها، وبلغة يفهمها أهلها.

ذلك أن المحاكمة جهد بينل بين فرقاء من أجل تحقيق المسائل المتنازع عليها، وتقرير الحقيقة القضائية بشأنها في إطار من المنطق وحكم القانون. ويفترض ذلك أن يكون الاتهام واردا على وجه التخصيص، وأن يصاغ في عبارة مركزة، وأن يكون مدونا مشتملا على كل واقعة تقوم بها الجريمة.

وغموض الاتهام مؤداه أن يجهل المتهم أبعاده، وألا يخطر بصورة ملتبسة بمحتواه، فلا يكون كافيا لتحديد الجريمة والمسئولين عنها.

ويعتبر الاتهام موافقا لشرط الوسائل القانونية السليمة إذا أحاط بعناصر الجريمة، ولو كان بالإمكان أن يصاغ بطريقة أفضل. ذلك أن مواجهة المتهم للتهمة، تفترض أن يحيط علما بها، وأن يفهمها بكافة أبعادها، وأن يعد ما يراه من أوجه الدفاع اللازمة لنفيها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يفترض علمه بها، بل يكون هذا العلم يقينيا، وأن يصاغ بلغة يستوعبها أهلها دون إغراق في المفاهيم القانونية العسرة أو مصطلحاتها المعقدة، وبما يجرد الجريمة المدعي بها من العناصر الزائدة عليها، أو التي لا قيمة لها، أو المنطوية على التعميم، كالقول بأن المتهم ناصر خطأ" أيولوجيا مقبنا، أو عقد العزم على الإجراء يبغيها عوجا، أو عمل على هدم القيم العليا التي آمن المواطنون بها. إذ ليس في مثل هذا القول إخطار بجريمة بذاتها ارتكبتها، ولا هو إعلان عن سببها بلغة يفهمها أوساط الناس(١).

ولا يفترض بالتالي التقاطيع بين المعاني التي أوردتها صحيفة الاتهام، وتلك التي يفهمها المتهم والمحلفون منها، إذا غمض أمرها وثق مضمونها عليهم.

وإنما يكون لكل متهم، ولكل واحد من المحلفين، تصويره الخاص في فهمها. فلا تكون حقيقة الاتهام مقطوعا، وإنما يتخبط أوساط الناس في معناه، ولا يقفون بالتالي على مقاصده.

(١) يصمم تحديد سبب الاتهام، من محاكمة المتهم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها.



ولا يفيد ما تقدم، أن لكل تهمة قولها التي يتعين صحتها فيها، وإنما الأدق أن يقال بأن لكل جريمة أركانها، وأن الاتهام بالجريمة يقتضي بيان مكوناتها، ووجه نسبتها إلى المتهم. ذلك أن إلقاء شخص في السجون بخير حكم قضائي، لا يقل سوءا علي حكم بإدانته بناء علي تهمة شابها الغموض، أو بناء علي تهمة خلا منها قرار الاتهام.

### المبحث الثامن

#### الحق في إبطال الإقرار بالجريمة

٨٦٤- يبطل كل إقرار بالجريمة ينتزع قسراً، أو بالخداع، أو بالإغواء. ذلك أن الإقرار في هذه الصور جميعها لا يعتبر إراديًا<sup>(١)</sup>.

وليس ثمة قاعدة جامدة تحدد الأحوال التي يبطل فيها الإقرار بالجريمة. وإنما يتعين أن ينظر في تقدير صحة هذا الإقرار أو بطلانه، إلى كل حالة على حدة، فلا يكون صحيحاً إلا إذا تحرر من عوامل القهر جميعها، والتي يرتبط مناط تحققها أو تخلفها، بنوع ونطاق الضغوط التي تعرض لها من أقر بالجريمة، وما إذا كان قد قاومها أو انسحق بأثرها.

ذلك أن الأصل في الإرادة، هو تحريرها من القيود غير المبررة. ولا يجوز بالتالي تحويرها أو حملها على غير وجهتها، أو التأثير فيها بما يخرجها عن مقاصدها، ولا تحريفها عن طريق إكراه ينال منها بما يقوض الحالة النفسية التي كان المقر عليها وقت إقراره. فالإقرار في هذه الصور جميعها-ولو لم يكن نتيجة تعذيب- لا يعد تعبيراً حراً عن إرادة واعية تدرك حقيقة اتجاهها. وإنما هي إرادة داخلها التواء يبطلها<sup>(٢)</sup>.

ويبطل بالتالي كل إقرار بالجريمة ينجم عن إغواء أو إغراء أو تهديد للشخص في عرضه أو ماله، أو ترويعه بياس السلطة وقدرتها على البطش به فلا يكون هذا الإقرار تعبيراً عن إرادة حرة لها سلطانها التي يكون بها المقر مدركاً حقيقة هذا الإقرار ومضمونه وأثره، شأن الإقرار بالجريمة شأن غيره من أدلتها التي لا يجوز قبولها إلا وفق الوسائل القانونية السليمة.

٨٦٥- ولئن كان الأصل في رجال الشرطة وغيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، أن تكون أعمالهم واقعة في إطاره؛ وكان حصولهم على إقرار بالجريمة من أشخاص لا شأن لهم بها، مؤده أن يظل جنائنها الحقيقيون بعيدين عن يد القانون<sup>(٣)</sup>؛ وكان لا يجوز للقائمين على تنفيذ القانون أن تدفعهم رغبتهم في مطاردة الجناة، إلى الإخلال بحقوق الأبرياء، ولا إهدار كرامتهم وحقوقهم في الحرية، عن طريق انتزاع إقرار منهم يدينهم بجريمة لا صلة لهم بها؛

(١) Developments in the law- confessions, 79 Harv. L. Rev. 935, 954- 59 (1966).

(٢) Chambers. V. Florida, 309 U.S. 227 (1940).

وقد قضى في هذه القضية بأن خمسة أيام من الأسئلة المتصلة التالية تقبض بغير إذن والمقرن باحتجاز تعزل فيه الشخص عن آخرين، تبطل إقراره.

(٣) Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959).

وكان من المقرر قانوناً أن القواعد المعاصرة لتطور العدالة الجنائية وإدراجها، يؤذيها إيقاع المتهمين في ضغوط نفسية أو بدنية تتهاوى بها إرادتهم، فلا يملكونها؛ وكان على النيابة بوصفها سلطة الاتهام أن تقيم بنفسها، وبما هو مشروع من الوسائل، الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلي من تتهمهم بارتكابها، فقد تعين أن يكون موقعها من الجريمة محايداً، وأن يكون الدليل عليها قائماً على مصادر لها معيّنات من الأوراق، وواقعاً في إطار حكم الدستور والقانون. فإذا نجم هذا الإقرار عن إكراه، بطل بكل آثاره، ولو كان مطابقاً للحقيقة في كل أجزائها.

٨٦٦- وإذا كان هو تساند أدلة الجريمة فيما بينها وتضافر حلقاتها ليشد بعضها أزر بعض أصلاً في المواد الجنائية، فقد تعين نقض حكم الإدانة إذا تطرق الخلل لأحد الأدلة التي قام عليها قضاء الحكم، ولو كانت الأدلة الباقية بعد استبعاد الدليل الباطل، كافية في مجموعها لحمل هذا الحكم.

The credit and weight of the voided evidence.

٨٦٧- ويتخذ إكراه المتهمين على الإقرار بالجريمة، صوراً شتى يندرج تحتها تعذيبهم؛ أو ضربهم أو تعليقهم من أرجلهم؛ أو إغراقهم بالمياه؛ أو تهديدهم بما يخيفهم في أنفسهم أو أموالهم، أو تعريض ذويهم لمخاطر لها بأسها؛ أو إرهابهم بضغوط عقلية Mental أو نفسية لا قبل لهم بتحملها<sup>(١)</sup>؛ أو تخييرهم؛ أو حقنهم بأصناف تعطل إرادتهم، أو تصور لهم الأمور على غير حقيقتها؛ أو إسكارهم بقصد التأثير على وعيهم Drug-induced statements، أو بعزلهم نهائياً عن الاتصال بأصدقائهم أو بمحاميين يخفون لنجنتهم، أو ترويعهم؛ أو استجوابهم مدداً طويلة، وبصورة متلاحقة<sup>(٢)</sup> Prolonged Interrogation.

كذلك يينطل الإقرار بالجريمة إذا صدر عن مختل عقلياً؛ أو عن شخص غير متوازن عاطفياً؛ أو عن ناقص للأهلية لا يقدر للأمور عواقبها؛ أو بعد مواجهة المقر بأدلة تم التحصل عليها بطريق غير مشروع.

(١) ومن بين الضغوط العقلية - وهي أحياناً أسوأ أثراً من الإيذاء البدني - أن يودع المشتبه فيه أو المتهم في زنزانة مع جثة المجرى عليه.

كذلك فإن الشخص الذي يعزل عن كل دعم من أصدقائه وأقربائه فلا يحظى بمساندتهم الأدبية، ويعرض لأسئلة مطولة، ويجهل حقوقه، يقع تحت ضغوط نفسيه لا تقل سوءاً عن التعذيب البدني

Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199 (1966).

(٢) Askcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944); See also, Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

٨٦٨- وليس ثمة معيار عام تتحدد على ضوءه أحوال بطلان الإقرار بالجريمة، وإن تعين أن يؤخذ في هذا الشأن بكافة العناصر التي تلابس الإقرار وتحدد ظروفه. وبوجه عام يبطل الإقرار إذا صدر عن أشخاص بفعل ضغوط مارسها السلطة قبلهم؛ أو كأثر لطغيان قوتها عليهم؛ أو بعد تقربها منهم واستمالتهم إليها، والتظاهر بتعاطفها معهم.

ويتعين به دوماً أن توازن الضغوط التي تعرض المقر لها، بقدرة المقر على تحملها للنظر في صحة أو بطلان إقراره<sup>(١)</sup>. ويدخل دائماً في تقدير الإكراه، سن المكروه ودرجة ذكائه، وإن جاز القول بأن مجموع الظروف التي تحيط بالإقرار The totality of circumstances، هي التي تحدد أوجه بطلانه أو صحته<sup>(٢)</sup>. ويدخل في هذه الظروف، القبض غير المشروع على المقر والحبس المنعزل وحرمان المقر من الاتصال بمحام، ومنعه من الاتصال بأصدقائه، واستعمال طرق احتيالية للحصول على الإقرار.

٨٦٩- على أن الإقرار بالجريمة وإن انتزع عنوة وبطل بالتالي، إلا أن إقراراً لاحقاً بارتكابها تجرد من الضغوط على اختلافها، قد يؤخذ به باعتباره صادراً عن إرادة حرة لا عوار فيها. ويفترض ذلك أن يكون الإقرار اللاحق نقياً من كل صور القهر التي يحمل بها المقر على ما لا يرضاه.

فإذا تأثر المقر في الإقرار اللاحق، بأجواء الفزع التي عايشها في الإقرار الباطل، بطل هذا الإقرار بدوره. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان الإقراران الأول والثاني قد تعاقبا خلال فترة زمنية قصيرة يرجح معها القول بأن الإقرار الثاني بالجريمة، ما كان ليصدر لولا أن المقر لا زال يتخيل صور القهر التي تعرض لها لانتزاع إقراره الأول بها، فلا يصفو ذهنه منها، وإنما تطارده عوامل القهر السابقة بأحوالها وأشباحها وعمق وطأتها، ومخاطر فرضها من جديد.

فلا يكون الإقراران المتتابعان غير نتاج عملية واحدة، بدأتها السلطة بطغيانها لتعطل إرادة المقر، وأنهتها بأصداء أشكال القهر التي باشرت من قبل، وتداعياتها الخطيرة.

(١) ما يكون مؤثراً في شخص ضعيف الإرادة، قد يكون عديم الأثر في مواجهة مجرم محترف إلا أن وجهة النظر هذه يناقشها أنه حتى لو كان الجاني محترفاً، إلا أن الظروف التي يدلى فيها بإقراره والتي تعطل إرادته لصورة غير منصفة The unfair and coercive context هي التي يجب التحديد عليها.

Hayness v. Washington, 373 U.S. 503 (1963).

(٢) Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49 (1962); E. g. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966).

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى الإقرارين باعتبار أن ثانيهما ليس إلا اتصالاً بأولهما، وأنهما نتجا معا عن العوامل المؤثرة ذاتها التي قام عليها بطلان الإقرار الأول بالجريمة.

وهو ما يعني قيام قرينة قضائية مؤداها أن ذهن المقر بالإقرار الثاني كانت تختلط فيه الضغوط التي أفرزت الإقرار الأول؛ وأن الإقرارين بالتالي واقعين في إطار عوامل القهر ذاتها وإن كانت مباشرة في أولهما، وغير مباشرة في الإقرار اللاحق.

٨٧٠- وكلما بطل الإقرار بالجريمة لصنوده عنوة أو تحايلاً، فإن كافة الأدلة التي أعان هذا الإقرار على كشفها، تبطل كذلك.

ولا يجوز بالتالي أن يؤسس عليها حكم بالإدانة، حتى لا يكافأ القائمون بالعمل العام على ترديهم في مخالفة القانون من خلال انتزاعهم لإقرار باطل بالجريمة، ثم الحصول بعدئذ على ثماره. ذلك أن الشجرة المحرمة لا تنتج غير ثمار فاسدة لا يجوز أكلها.

والأدلة الباطلة يتعين قمعها، سواء كان بطلانها متلقياً من تأسيسها على إجراء باطل، كالتحصل عليها بناء على إذن باطل بالقبض أو التفتيش؛ أم كان هذا البطلان قد نجم مباشرة عن تصيدها بوسائل غير قانونية، كالأدلة التي تم اصطناعها بالتزوير؛ أو بوسائل غير آدمية تصادم الضمير الجمعي<sup>(١)</sup>. كضخ مادة طبية في معدة إنسان Stomach Pump للحصول منها على أقرص المورفين التي كان قد ابتلعها، حتى لا يقض عليه متلبساً بإجرازها. ذلك أن النيابة حتى ظل النظم الإختصاصيه للعدالة الجنائية Accusatorial and not inquisitorial system - يتعين عليها أن تؤمن دليل الجريمة استقلالاً عن كل الضغوط وانفصالاً عنها، حتى يكون الدليل ثمرة جهد مشروع<sup>(٢)</sup>.

(١) ولا كذلك أخذ عينة من دم شخص بواسطة طبيب حتى ينفق القائمون بالتحقيق في حادثة تصادم مثلاً على

ما إذا كان قائد السيارة التي تسببت في الحادث، مخموراً وقت قيادته لها.

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

### المبحث التاسع

#### صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي

٨٧١- لا يجوز في إطار الاتهام الجنائي، مخالفة شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلي الأخص من اللواحي الآتية:

\* أن يدان المتهم بناء على قرينة قانونية يفرضها المشرع بصورة تحكيمية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية، أنها عملية عقلية منطقية يجربها المشرع كي يستخلص واقعة مجهولة من واقعة معلومة قام الدليل عليها. ويفترض لجواز الاحتجاج بالقرائن القانونية في المجال الجنائي، أن تقوم بين هاتين الواقعتين صلة منطقية تتحدد على ضوء الخبرة العملية، لا من منظور مجرد.

فإذا لم تكن ثمة صلة بين هاتين الواقعتين، أو كانت صلة واهية، بطل الأخذ بالقرينة القانونية شأنها في ذلك شأن القرينة القضائية التي يتحدد مضمونها على ضوء المفاهيم الراجحة عملاً، وإن كان المشرع في القرينة القانونية هو الذي يصوغ حكمها؛ والقاضي في القرينة القضائية هو الذي يستخلصها. لتتمحض القرينة في هاتين الصورتين عن استنباط للواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة في إطار من المنطق وحقائق الأشياء التي تزخر بها الحياة العملية<sup>(١)</sup>.

\* لكل متهم في جنائية حق الظهور بنفسه أمام المحكمة، ليس فقط لمواجهة شهوده، ولا لمجرد التعليق على أدلة الاتهام ومحاولة نفيها، وإنما أصلاً لبناء خط دفاع يسقط التهمة من أساسها من خلال تعظيم ثغراتها، ولو كان محاميه حاضراً.

\* لا يجوز في أية حال أن يقيم المشرع الجنائي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها Irrefutable presumption، ليفترض بها- بصفة نهائية لانتقيل الجدل - تحقق واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها<sup>(٢)</sup>.

\* تتحدد ضوابط المحاكمة المنصفة على ضوء معطياتها التي أقرتها الأمم المتحدة وبما يوفر للقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وسائل حمايتها.

(١) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Manley v. Georgia, 279 U.S. 1 (1929); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٢) Stanely v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

• الحكم في الخصومة الجنائية هو نهاية مطلقها، ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على أفعال لا يجوز تجريمها، أو على دليل غير جائز القبول، أو لم يكن كافيا للتدليل على التهمة وفق أركانها التي حددها المشرع.

• لكل متهم -ولو قبل محاكمته- الاتصال بمحاميه وبشهوده، وبأوراقه التي يقدر اتصالها بالاتهام، وإنتاجها في نفيه.

### الفصل التاسع

#### ضوابط تفسير النصوص الجنائية

٨٧٢- تؤثر النصوص الجنائية في الحرية الشخصية، وكذلك في حقوق الملكية، وتتل من الحق في الحياة.

وكل تأويل لها بما يخرجها عن الدائرة التي قصد المشرع إلى حصر تطبيقها في نطاقها، يشوهها ويخرجها عن حقيقة المقاصد التي ابتغاها المشرع منها، ويعطيها غير المعاني التي أقام عليها هذه النصوص.

٨٧٣- ومن ثم كان تفسير النصوص الجنائية، مقتضيا تحريا في حقيقة معانيها، وبيانا جليا للسياسية التي اختطها المشرع في شأنها، وقائما علي ضوابط منطقية أهمها:

(أ) أن النصوص الجنائية تقوم علي القهر من خلال العقوبة التي تفرضها، ولا يجوز تطبيقها بطريق القياس علي أحوال لم تشملها هذه النصوص.

ويتعين بالتالي حصرها في دائرة تطبيقها التي قصدها المشرع، وأن يتم تفسيرها في حدود ضيقة، ما لم يكن من شأن هذا التفسير تقرير حلول تأبأها حقائق العدل وترفضها.

ذلك أن سلطة فرض العقوبة الجنائية لا يملكها إلا المشرع، ويبدده وحده أن يؤثم الأفعال التي يقرر خطورتها، وفي الحدود التي يراها، وبما يوفر للمخاطبين بها، إخطارا كافيا بمضمونها يعرفهم بحقيقة الأفعال التي نهام عنها وكذلك بتلك التي طلبها منهم.

ولا يجوز بالتالي تحريفها من خلال فرطحتها وتطبيقها علي أحوال لا تسعها، وإلا كان ذلك إحدائا لجرائم لا يعرفها المشرع، أو يقصد إليها، وتقريرها لصور جديدة من الجزاء لم ينص عليها.

(ب) يؤثم المشرع من خلال التجريم سلوكا يراه غير مقبول إذا أتاه الخاضعون لأوامره. وهو يعبر بذلك، ومن خلال عباراته التي يصوغها في سياق معين، عن مظاهر سلوكهم التي يرفضها وتلك التي لا يمنعها.

ويجب بالتالي أن تعطي كل عبارة تضمنها نص جنائي، دلالتها، فلا تحمل قسرا علي غير المعني المعتاد لها، أو بما يفصلها عن عبارة أخرى تتكامل معها.

ومن ثم لا يجوز تأويل عبارة بما يحور معناها، أو يرهق دلالتها، أو يخرجها عن سياقها، أو يفصلها عن أجزاء تتضامم معها، أوليها بما يجاوز حقيقتها، ما لم يكن المعني



المعتاد للعبارة في سياقها الواردة فيه، منافيا لمقاصد المشرع منها، إذ يجب عندئذ حملها على الأغراض التي توخاها.

(ج) يتعين أن يعطى للكلمة عينا -ويغض النظر عن موضعها من النصوص الجنائية التي ترددها- تفسيرا واحدا، ما لم يكن للكلمة الواحدة في سياق معين -علي ضوء الأعمال التحضيرية- معنى مغاير لها في سياق آخر، وبشرط أن يؤخذ -ولمصلحة المتهم- بالمعنى المغاير.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا "متى أورد المشرع مصطلحا معينا في نص ما لمعنى معين، وجب صرفه إلي هذا المعنى في كل نص آخر يردد ذلك المصطلح<sup>(١)</sup>."

(د) يتعين أن يتقيد القاضي بعناصر الجريمة في الصورة التي أخرجها المشرع بها، ما لم تكن هذه الجريمة مجرد ترديد أو تقنين لنص سابق عليها، وكان هذا النص متضمنا عنصرا إضافيا لهذه الجريمة. إذ يتعين عندئذ أن يؤخذ في تحديد مفهوم تلك الجريمة بعناصرها القائمة، وكذلك بتلك التي أغفل المشرع بيانها؛ كلما قام الدليل من قرائن الأحوال علي أن المشرع لم يقصد إلي إجراء تغيير في نموذجها السابق.

(هـ) إذا كان النص الجنائي غامضا، تعين علي القاضي أن ينظر إلي السياسة التشريعية التي صدر هذا النص علي ضوءها، أو التي انطلق منها؛ وأن يأخذ كذلك بمغاهيم القانون العام في مصطلحاتها وتعريفها ومبادئها، وأن يجريها علي هذا النص ليزيل خفاء معانيه، وبشرط أن يفسر لمصلحة المتهم كل غموض في مقاصد المشرع يؤثر شكا معقولا حول حقيقتها.

(و) وقوع تغيير كبير في تعبيرين حواهما جزآن مختلفان من قانون واحد، مؤداه أن المشرع قصد أن يعطي هذين التعبيرين معنيين متغايرين.

(ز) جواز تأويل عبارة النص مع وضوحها. ذلك أن العبارة الواضحة لا يجوز تحريفها لأنها تستبعد ما عداها.

(ح) كلما حدد المشرع أحوالا بعينها استثنائها من مجال سريان نص جنائي، فإن إلحاق غيرها بها، يكون محظورا.

(١) القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/٤/٦ - قاعدة رقم ١/٣٩ - ص ٣٢٥ من الجراء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(ط) سريان النصوص الجنائية في أحوال بعينها، لا يلحق غيرها بها، إلا إذا نص المشرع علي تطبيقها في الأحوال التي حددها، وكذلك في غيرها مما يندرج تحتها. ويتعين عندئذ أن تكون المسائل المدرجة في عموم المسائل التي حددها، من ذات طبيعتها، وأن تشملها كذلك مقاصد التجريم التي عاها المشرع.

(ي) لا يجوز تفسير النصوص الجنائية علي نحو ينقل عناصر الجريمة في مجال إثباتها - من النيابة العامة إلي المتهم.

(ك) لا يجوز أن يستخلص القاضي من قراءة للنصوص الجنائية، قرائن لا وجود لها فيها، وإنما يتعين لجواز الأخذ بها، أن يكون المشرع قد صرح بها وبسطها بمفاهيم منطقية.

٨٧٤- وضوابط تفسير النصوص الجنائية هذه، غايتها ألا يتخذ القاضي من التفسير مدخلا لمسحها من خلال مط كلماتها وفرطحتها حتى تتداح إلي غير دائرة الأفعال التي قصد المشرع إلي تأنيها، وبما يناقض مقاصده من التجريم، ويتمحض في النهاية عدوانا علي الشرعية الجنائية التي لا يجوز معها فرض جريمة ولا تقرير عقوبة، ليس لها أصل في قانون<sup>(١)</sup>.

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal law, 1978, pp. 63- 65.

### الفصل العاشر

#### الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الإتهام الجنائي

٨٧٥- يحتجز المنحرفون عقلياً، والمضطربون عاطفياً، والمصابون بالصرع، والشابيون أو الموهوسون جنسياً في أماكن لرعايتهم بقصد احتوائهم والسيطرة على أفعالهم. ويتم حرمانهم من حريتهم وفقاً لنظم مدنية لا جنائية تتوافر لهم فيها الحماية التي يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة.

وقد يودعون في هذه الأماكن مدداً أطول من تلك التي يقضيها الأسوأ في المسجون جزاء الجرائم ذاتها.

ويتعين بالتالي ألا تعرضهم هذه النظم لمخاطر غموض أحكامها، واتساع معانيها، وتعدد معاييرها واضطرابها، لطبقها القائمون على تنفيذها بصورة انتقائية، وببند تحكمية تختار بنفسها ما تراه من الضوابط التي تخضعهم لها، بما يعجز السلطة القضائية عن مراقبتهم فيها، بالنظر إلى خلو النظم التي يطبقونها من خاصية اليقين التي تنبسط على كافة أحكامها، وتحدد محتواها.

ويزيد من خطورة هذه النظم، أن دائرة تطبيقها، عريضة في اتساعها، لأنها تشمل السيكيوباتيين، والمصابين بوهن في قدراتهم العقلية، والهاجزين عن السيطرة بأنفسهم على أفعالهم، والمضطربين عاطفياً أو جنسياً، والذين اعتراهم عارض يمنهم من حسن تقدير الأمور والنظر في عواقبها، وبوجه عام الذين يرجح على الظن، مخالفتهم لقيم الجماعة واختراقهم تقاليدهم لموارض عقلية أو نفسية.

فهؤلاء جميعاً قد يقرر إيداعهم في أماكن ترعاهم وتعيد تأهيلهم وتراقبهم في خطاهم، وتقوم اندفاع نزواتهم.<sup>(١)</sup>

وبوجه خاص كلما كان سلوكهم دالاً على رجحان انفلاتهم بدنياً أو عصبياً أو جنسياً، وتعدبهم على آخرين، وهم لا يدركون حقيقة أفعالهم.

٨٧٦- ولأن خاصية اليقين شرط في القوانين الجنائية التي يطبقها المشرع على الأسوأ، فإن سريانه في شأن المعوقين في قدراتهم العقلية والنفسية، لا يقل أهمية، وربما كان أعمق ضرورة.

<sup>(١)</sup> Jackson v. Indiana, 406 U.S. 715, 723 (1972); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

ويتعين بالتالى تقرير معايير واضحة وصارمة تجزم بالأشخاص الذين لا يستطيعون التحكم فى تصرفاتهم بخير كبحهم فى أماكن تأويهم، وأن تبين كذلك شروط إيداعهم فيها، وقواعد معاملتهم، وتعيين أوصياء عليهم، لضمان حماية حقوقهم التى كفلها الدستور. وهى حقوق يندرج تحتها حظر إقامتهم جبراً فى هذه الأماكن، بخير سماع أقوالهم، وتولى محام موكل من قبلهم، مهام الدفاع عن حريتهم فى مواجهة خطر تقييدها مدداً طويلة قد تستغرق حياتهم بكاملها.

٨٧٧- ولا يجوز فى أية حال إيداعهم فى مكان ما، قبل أن تخطرهم الجهة المختصة بعزمها على بدء إجراءاتها فى شأن احتجازهم به أو إطلاق سراحهم، حتى يتحوطوا من احتمال تقييد حريتهم أو تعطيلها إذا صدر الأمر باحتجازهم فيها.

فإذا تم إيواؤهم بها بعد سماع أقوالهم، وتحقيق دفاعهم، ومواجهة كافة الأدلة المؤيدة لتعطيل حريتهم -الفنية منها بوجه خاص- ظل من حقهم وفقاً للدستور، الاتصال بذويهم وباصدقائهم وبمحاميهم وبغيرهم، ومخاطبتهم برسائل لا تجوز مراقبتها، وإن جاز حرمانهم من حق الاقتراع، ومن تولى العمل العام، ومن العضوية فى هيئة المحلفين.

وقارن هذا التطور فى مفاهيم الوسائل القانونية السليمة التى لا تجيز اعتقال حريتهم دون ما ضرورة تقوم أسبابها من عوارض حقيقية تحيط بهم، ويفقدون بسببها إرادة الفعل أو الامتناع، الإيمان بضرورة اتخاذ التدابير الملائمة التى يتطلبها علاجهم من الأمراض العضوية والنفسية التى يعانون منها -ليس تفضلاً- وإنما كحق متكامل الأركان، يتوخى مواجهة أوضاعهم هذه، بما يصححها، ويرد عنهم -وعلى الأقل- احتمال تدهورها.

وجاز بالتالى للجهة التى تأويهم -ومن خلال إشرافها عليهم- أن تكلفهم ببعض الأعمال التى لا تسوء بها أوضاعهم، ولا يصل إرهابها إلى حد الإخلال بالمعايير الإنسانية التى تحفظ آدميتهم وكرامتهم، والتى لا يحوز تحريضاً عن وجهتها، ولو من خلال أجر يقابل هذه الأعمال.

فإذا قام الدليل على أن إيداعهم فى أماكن إيوائهم، كان بخير حق، أو صدر من جهة لا ولاية لها، أو اتصل بإجراءاتها خطأ لا يفتقر، فإن الإخراج عنهم يكون واجباً. ذلك أن إيداعهم فى تلك الأماكن، مؤداه احتجازهم بها بالمخالفة للقانون.

فإذا كان هذا الاحتجاز مخالفاً لابتداء لأحكامه، أو كان قد تم أصلاً وفقاً للقانون، ثم طرأ عارض أدى لزوال سنده، كان استبعاد المحتجز قواء العقلية، لم يعد ثمة مسوغ لإبقائهم فى تلك الأماكن.

٨٧٨- وإذا كان الإيداع فى أماكن الإيواء يتم وفقاً لنظم مدنية، فإن الجرائم التى يقارفها المحتجزون السابقون بعد إطلاق سراحهم، تجيز احتواءهم من جديد فى هذه الأماكن، إذا ظل الخل فى قدراتهم عوارضهم العقلية والنفسية متصلاً بهم. فإذا كان قد زال أثناء ارتكابهم الجريمة، كان للدولة أن تعاقبهم جنائياً عنها. ولا يعتبر ذلك عقاباً لهم عن الفعل الواحد أكثر من مرة. ذلك أن الإيداع الأول تم وفقاً لتنظيم من طبيعة مدنية. ولا كذلك فرض الجزاء الجنائى أكثر من مرة عن الجريمة عينها، إذ يفترض هذا الجزاء توقيعه بالوسائل القضائية ووفق نظم جنائية بطبيعتها.

٨٧٩- ويجوز كذلك أن يودع المدمنون تعاطي المواد المخدرة Drug Addicts، أو المهندون بخطر الإدمان على تعاطيها، إذا كانوا قد اعتادوا استعمالها، فى أماكن تأويلهم لعلاجهم من مخاطر الإدمان واحتمالاته. ويفقد هؤلاء الأشخاص حريتهم بإيداعهم جبراً عنهم فى الأماكن التى تأويلهم، وعلى الأخص إذا كان علاجهم من الإدمان ومخاطره، يتم وفق برامج جبرية لا ترخص فيها، وتقتضى بقاءهم فى الأماكن التى يحتجزون بها فترة قد يصل مداها إلى ما يزيد على الحد الأقصى لعقوبة الجريمة التى ارتكبوها قبل إيداعهم. وقد تطول مدة الإيداع، ولو لم يكن ثمة جريمة وقعوا فيها.

وسواء تم الإيداع بقرار قضائى، أو بقرار من الجهة الإدارية، فإن النظم المدنية -لا العقابية- هى التى تحكم هذا الإيداع، بما لا إخلال فيه بالحقوق التى كفلتها نصوص الدستور لهم، سواء فى السجن أو فى غيرها من أماكن إيوائهم.

وهى حقوق يندرج تحتها الحق فى سماع أقوالهم، وحضور محامين للدفاع عنهم بعد إخطارهم بحالتهم وإمكان زجهم فى هذه الأماكن.

وكذلك الحق فى عدم جواز حملهم على الإقرار بأن شروط الإيداع بها متوافرة فيهم. فضلاً عن الحق فى استدعاء شهودهم، وكذلك مواجهة الشهود الذين يشهدون ضدهم، بما يقارع حججهم ويطلبها.

٨٨٠- وشأن من تردوا فى إيمان المواد المخدرة، شأن من اعتادوا تعاطي الكحول مدداً استغلالاً زمنياً Habitual Drunkards.

ذلك أن مجرد انغماسهم في شربها، وتحولهم بسببها إلى مستعدين لها لا ينصرفون عنها؛ لا يحيلهم إلى مجرمين مسؤولين عن أفعالهم، بعد أن صار إيمان تعاطيهم لها نمطاً ثابتاً في حياتهم، وحالة مرضية تحيط بهم Addicted to the use of narcotics، دون أمل في النجاة منها Chronic Alcoholism إلا بعلاجهم في أماكن تنهياً من خلالها، فرص إعادتهم لأسواء، لا يهددون الآخرين بأفعالهم التي لا يملكون السيطرة عليها. ويتعين بالتالي أن يحدد المشرع -ربما لا تجهل فيه- من يزج بهم في هذه الأماكن.

فلا يستبر الشخص مدمناً للكحول إذا ظل بعد تعاطيه، مسيطراً على قواه العقلية، قادراً على النظر في أحواله، مدبراً شئونه العائلية بما يكفل صون مصالحها، ولو هدد غيره بشر، أو واجهه بعدوان.

ذلك أن الاحتجاز في هذه الأماكن، لا يرتبط بكون من يودع فيها مرتكباً لجريمة ولا بدرجة خطورتها، وإنما يتحدد المدعون بها على ضوء قدر سيطرتهم على أفعالهم، ودرجة خطورتهم على من يتصلون بهم، أو يتعاملون معهم.

وإذا كان الأصل في الناس جميعهم أن أمهاتهم ولدتهم أحراراً، فإن إرهاب حرمتهم -رهي الأصل- من خلال إيداعهم في أماكن تعزلهم عن الآخرين، وحتى عن الاتصال بذويهم أحياناً، لا يجوز إلا لضرورة، مناطها إفراطهم في استعمال الكحول بما يجاوز حدود الاعتدال، وترديهم في شربها بغير انقطاع، وفقدانهم السيطرة على أفعالهم بمجرد تناولهم الخمر التي تعتصر قواهم العقلية، بما يجعلهم خطرين حتى على أنفسهم.

وإذا كان للدولة أن تقيم من شرور أنفسهم، وأن تؤمن الآخرين كذلك من مخاطر حالتهم، وفق قواعد ملائمة لا تقوم على التحكم؛ ولها خصائص القواعد المنصفة وضماناتها، فإن عليها أن توفر لهم فرص سماع أقوالهم قبل أن تقرر احتجازهم جبراً، وألا تصدر قراراً بایوائهم في مصحاتهم العلاجية، إلا على ضوء دلائل لها من قوة الإقناع، ما يرجح لديها تساؤل أو انعدام قدراتهم بصورة مستفحلة -على السيطرة على أفعالهم.

٨٨١- وعلى ضوء ما تقدم، نفترض صور إيداع الأشخاص جبراً في مكان مأمون، أنهم عاجزون عن السيطرة على سلوكهم، وأنهم خطرون على أنفسهم وعلى الآخرين. ولا يناقض هذا الإيداع -وهو من طبيعة مدنية- أحكام الدستور كلما تم وفق قواعد إجرائية ملائمة، وعلى ضوء دلائل تصل بحالتهم هذه وتثبتها.

ولا يعارض هذا الإيداع كذلك -وهو ليس عقاباً جنائياً- ضوابط الحرية المنظمة التي لا يجوز وصفها بالإطلاق. ذلك أن حرية الأبدان، وإن كان يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة بما يرد الدولة عن التحكم فيها بأوامرها ونواهيها، إلا أن هذه الحرية لا يكفلها تسيابها بغير عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولو كان مبرراً. بل هي حرية مقيدة حتى في إطار نظم الإيداع المدنية في طبيعتها.

ولازمها ألا يباشر الناس حرياتهم وكأنهم وحوش كاسرة، وإلا تتطلق نزواتهم وكأن فيضها عريان لا يرد. وإنما للحرية الحقيقية هي التي يجوز تقييدها في زمن دون آخر، والحد من إطلاقها في أوضاع بعينها دون غيرها<sup>(١)</sup>. فذلك وحده هو الطريق إلى الحرية المنظمة التي تكفل الخير العام للناس في مجموعهم.

٨٨٢- ولا يجوز بالتالي أن يحتجز أشخاص في أماكن تحتويهم لمجرد إتيانهم أفعالا سابقة أيا كان قدر خطورتها أو فحشها. ذلك أن سابق سلوكهم لا يشي بالضرورة بتصرفاتهم المقبلة. وإنما يرتبط احتجازهم في أماكن تحتويهم، ليس فقط بتصرفاتهم السابقة المعيبة، وإنما كذلك بحالتهم العقلية القائمة التي تغيد تطرق الخلل إلى تماسكهم، وقدرتهم على السيطرة على أفعالهم، لتكون حالتهم هذه كاشفة عن حقيقة تصرفاتهم القديمة، ومنبئة عن رجحان تكرارها إذا لم يجر احتجازهم جبراً عنهم وراء جدران مغلقة. ومن ثم لا تكبر الخطورة الإجرامية وحدها هذا الإيداع. وإنما يعين أن تقوم إلي جانبها حالة عقلية غير سوية Mental abnormality يضطربون بسببها عاطفياً Emotionally disturbed أو يتخلفون عقلياً، أو تنفصم شخصياتهم، أو تصيبهم بعاهة للجنون.

٨٨٣- وتنفارق النظم الجنائية، نظم الإيداع المدنية التي لا تتوخى ردع من يودعون فيها، ولا التأثر منهم، وذلك من وجهين:

أولهما: أنها لا تواخذ من يحتجزون بها وتدينهم بناء على سابق إجرامهم، ولكنها تركّز على حالتهم العقلية، وشايتها بما يتصور أن يأتوه في مقل الأيام من الأفعال. وهي بذلك نظم غير انتقامية تقيم صلة منطقية بين ولوغهم من قبل في الجريمة، وحالة عقلية تقوم بهم وقت النظر في إيداعهم في أماكن لاحتوائهم، ليتضام هذان العنصران في تبرير إيداعهم جبراً عنهم في هذه الأماكن.

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11,26 (1905).

ثانيهما: أن الأشخاص الخاضعون لنظم الإيداع المدنية، يعانون من عوارض عقلية أو نفسية، تمنعهم من السيطرة على تصرفاتهم. ومن غير المحتمل أن يردعهم تهديد باحتجازهم؛ ولا أن يكون عقابهم هدفاً ملحوظاً للدولة بالنظر إلى الأوضاع النفسية والعقلية التي تردوا فيها، ولا دخل لإرادتهم بها.

ولئن صح القول بأن إيداع الدولة لهؤلاء في مؤسساتها، يقتضى فرض بعض القيود عليهم، إلا أن كل قيد ليس بالضرورة عقاباً جنائياً<sup>(١)</sup>. ذلك أن التدابير القسرية التي تحيظ بالأشخاص الخطرين عقلياً The dangerously mentally ill تعامل منذ القدم كتدابير غير جزائية. ومن ثم لا يتمحصر عقاباً، احتجازهم مدداً طويلة. وإنما يرتبط هذا الاحتجاز -رغبتاً النظر عن طول مدته أو قصرها- بما يكون ضرورياً لإبقائهم بأماكن إيداعهم حتى تعود حالتهم إلى سوائها، فلا يهددون أنفسهم أو الآخرين.

وكان منطقياً بالتالى ألا ينقرر احتجازهم فى هذه الأماكن لمدة محدده سلفاً. إذ يبقون فيها ما برحوا خطرين، وبافتراض أن مدد إقامتهم هذه، تراجعها لجان من أهل الخبرة بقصد تقييم حالتهم للتحقق من استمرار أو زوال خطورتها.

٨٨٤- وتظل لهذه النظم طبيعتها المدنية، ولو استعار المشرع بعض إجراءاتها وضماناتها من النظم الجنائية.

ذلك أن النظم المدنية، تعتبر كذلك على ضوء أغراضها. ولا تحيلها بعض القواعد الجنائية التي تطبقها، إلى نظم جنائية. وإنما تتوخى القواعد التي تأخذها من هذه النظم لتطبقها عليها، حصر دائرة المخاطبين بها فى دائرة الأشخاص الذين لا يملكون السيطرة على تصرفاتهم، وهي دائرة ضيقة بالضرورة تقتضى تقييماً متواصلاً لحالتهم.

والقول بأن انعدام وسائل علاجهم فى أماكن احتجازهم، أو عدم ملائمتها لحالتهم، يشبههم بالمنبذين الذين يستحقون عقاباً؛ مردود بأن علاجهم قد يكون مستعصياً من زاوية طبية. وحتى يفرض التصدير فى علاجهم، فإن عزلهم عن الاتصال بالجمهور من خلال احتجازهم فى تلك الأماكن، يعتبر هدفاً رئيسياً لنظم الإيداع التي تقيد حريتهم ما فتتوا خطرين.

ومن غير المنطقي أن يكون علاجهم من أسقامهم شرطاً أولياً يتعين أن يتحقق قبل إيداعهم جبراً عنهم فى هذه الأماكن؛ ولا أن يكون القصور فى وسائل علاجهم أو تخلفها، مقتضياً الإخراج عنهم بعد الإيداع. ذلك أن علاجهم من أمراضهم ليس إلا هدفاً جانبياً يقوم إلى

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).



جوار الأعراض الرئيسية لنظم الإيداع، ممثلة في أن يظل المحتجزون في هذه الأماكن، بيد الدولة التي تعزلهم عن الاتصال بالآخرين، ومنهم من الإضرار بأنفسهم<sup>(١)</sup>.

٨٨٥- والقول بأن المحتجزين في أماكن إيوائهم قد أصابتهم من قبل عقوبة الجريمة التي ارتكبوها، وأن تقييد حريتهم في تلك الأماكن، هو اتهام آخر، وجزاء ثان عن هذه الجريمة ذاتها؛ مردود بأن الطبيعة المدنية لهذه النظم، وتحريكها لإجرائاتها في مواجهة الخطرين، ليس اتهاماً ثانياً ولا عقاباً جديداً عن فعل سابق، ولو كان الإيداع تالياً لاستيفاء مدة العقوبة للمحكوم بها. وليس أدل على مدنية هذه النظم من أن الأشخاص المخاطبين بها يودعون وفقاً لأحكامها بناء على حالتهم الخطرة التي تعتبر منوط تطبيقها، والتي لا شأن لها باكتمال القصاص عن جرائمهم السابقة، ولا بتدريبهم فيها قبل إيداعهم.

فضلاً عن أن نظم الإيداع المدنية لا تنشئ جريمة نقلن عناصرها بمناصر الجريمة التي أدب عنها من قبل من احتجز وفقاً لهذه النظم، ولا تحركها بالضرورة -وفي كافة أحوالها- جريمة أو جرائم سابقة ارتكبتها للمحتجز.

ولكنها تعتمد على الجريمة السابقة، أو على صدور اتهام بها، لتقرر ما إذا كان المدان أو المتهم بارتكابها، مضطرباً نفسياً أو معوجاً عقلياً بما يشكل تهديداً له ولغيره.

٨٨٦- كذلك لا تجرم نظم الإيداع هذه فعلاً كان مباحاً قبل تطبيقها، ولا تقرر بالتالي جزاء جنائياً رجعياً على هذا الفعل. فضلاً عن أن حظر الرجعية بنص في الدستور، لا يتطرق أصلاً بغير القوانين الجنائية<sup>(٢)</sup>.

(١) Witte v. United States, 515 U.S. 389 (1995).

(٢) See Kansas v. Handricks, decided by United States Supreme Court on June 23, 1997.

### الفصل الحادي عشر

#### الحماية القانونية المتكافئة للحق في الحياة

#### The sight to

٨٨٧- ينافي الحق في الحياة زوالها أو إزهاقها بغير حق. والناس جميعهم يملكون هذا الحق لا يميزون في ذلك عن بعضهم البعض. وتردده المواثيق الدولية جميعها. وهو كذلك حق قائم بغير نص فيها، إذ هو حق في الوجود وفي أن يكون الناس آمنين في أشخاصهم من صور الإقزاع على اختلافها، ومن عوامل القهر على تباين ضروبها، ومن وسائل الإذلال على تفاوتها في درجتها. وهو أدخل إلى البداهة المنطقية، ولا ينفصل عن الناس في المراحل المختلفة التي يعيشونها، لأنه كامن فيهم *Inhérent à la personne humaine* ولا يباثرون غيره من الحقوق بتخلفه. فهو مقدمتها والطريق إليها. بل إن حقوق الناس وحياتهم جميعها تتهدم وتعدم قيمتها بغير ضمان الحق في الحياة. وهو حق يقتضي فرض كلمة القانون على الناس جميعهم -حتى في أوقات التوتر ومظاهر الصراع الداخلي- حتى لا تختل فرائض أمنهم، وتغلى الأكل في حشا الأذى، من خلال مخاطر يتعرضون لها ولا يتوقعونها. ومن ثم كان منطقياً أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص المادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وأن يكون موقعها من ضمان هذا الحق مستصحباً لحكم المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في ١٠/١٢/١٩٤٨ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حرص ميثاقها على ضمان الحق في الحياة من خلال تدابير جماعية تتخذها الدول الأعضاء فيها على تقدير أن حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم وكذلك في حياة لائقة<sup>(١)</sup> *La garantie d'une vie décente* حقان متداخلان، وأن مانتخذة الدول من تدابير لصون الحق في الحياة - عقابية أو وقائية - يفترض أن تكون هذه التدابير من طبيعة عملية تتوافر بها فرائض الحق في الحياة بصورة واقعية، فلا ينتهكها أحد بغير جزاء<sup>(٢)</sup>.

ولا يخل حق الناس في الحياة بالقيود التي تفرضها الدولة في نطاق تنظيمها المعقول للحرية، ولا بالقيود المنطقية التي تقتضيها لصون أمنها ولضمان وجودها.

(١) ويلاحظ أن حق الفرد في حياة لائقة، مقرر بنص المادة ٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص الحق في مستوى من الحياة يكون كافياً لضمان صحته ورخائه ولعيش عائلته. وهذا الحق مقرر كذلك بالمادة ١١ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهو مكفول

أيضاً بالفقرة (١١) من ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦.

(2) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5e édition, pp. 312- 315.

ذلك أن مثل هذه القيود، تعتبر شرطاً مبدئياً ومغفلاً حيوياً لمباشرة كل حق أو حرية، سواء بصفة فردية أو جماعية. وهي كذلك ضرورة لحماية الناس في أموالها وأعراضها.

وقام بالتالي حق ضحايا الجريمة، هم ومن أضرّبوا منها من ذويهم أو من يحيطون بهم، في التعويض عن الأضرار التي أحدثتها، خاصة ما تعلق منها بأبدانهم.

وتقيم المواثيق الدولية علاقة واضحة بين الحق في الحياة، وبين حظر أعمال الدعاية التي تحبذ الأعمال الحربية وتروج لها. وتفرض كذلك حظراً كاملاً على إنتاج الأسلحة النووية والكيميائية وحيازتها ونشرها، باعتبارها من أنواع التدمير الشامل التي تلحق بالحق في الحياة مخاطر جسيمة يستحيل تجنبها أو الحد من آثارها.

ويرتبط الحق في الحياة كذلك بالأمن الدولي، وبضرورة أن تعمل الدول جميعها، وأن تتعاون على توثيق روابطها بافتراض تدّخل مصالحها، وأن تقوم بتسوية خلافاتها عن طريق التفاوض لا بالقوة.

٨٨٨- ولا يقتصر ضمان الحق في الحياة على تأمين وجودها، وحظر كل عدوان عليها، وتقرير الفروض الملزمة التي ترد كل إخلال بها؛ وإنما يتعلق الحق في الحياة كذلك بالشروط الملزمة والضرورية التي تكفل لكل فرد حياة لائقة *Une vie d'ecente*.

ويندرج في ذلك، أن تكون للحياة مستوياتها اللائقة التي لا يجوز النزول عنها، وعلى الأخص من جهة ضمان حد أدنى من الشروط الصحية للناس جميعهم، وتأمينهم من الجوع والمرض والفرع، وضمان أماكن ملائمة بهجوع إليها من غذاء يومهم<sup>(١)</sup>، والعمل بصورة مضطردة على تطوير أوضاع معيشتهم، وضمان الشروط الأفضل لعملهم، وتصعيد آمالهم في الحياة، وتقليص وفياتهم خاصة الأطفال منهم.

بيد أن الشروط المتقدم بيانها، والتي تتطلبها كرامة الإنسان كقيمة تعلو على كل صور امتنانها، والتي لا يتصور أن يحيا أحد بدونها حياة لائقة، تفترض إمكان تنفيذها قضائياً، وأن تعمل الدساتير ذاتها على ضمان هذا النوع من الحياة. وهو ما تكل عليه الفقرة ١١ من ديباجة الدستور الفرنسي الصادر في ٢٦ / ١٠ / ١٩٤٦ التي تكفل للناس جميعهم -والأطفال بوجه خاص- ولأمهاتهم، وللعمال الذين تقدم العمر بهم، الحق في الصحة، وفي راحتهم، وفي إجازاتهم، وفي ضمان أمنهم. فإذا لم يكن للفرد قادراً على العمل بالنظر إلى عمره أو لعجزه

(١) D C . no 94359 du 19-1-1995 .

بنياناً أو عقلياً، أو لأوضاع اقتصادية تحيط به، تعين أن توفر له الدولة وسائل ملائمة للعيش  
Des moyens convenables d'existence.

٨٨٩- وقد حظر القانون الدولي العام بعض الجرائم التي تعتصر حق الناس في الحياة  
ويندرج تحتها تعذيبهم، ومعاملتهم كالأرقاء، والاتجار في أعضائهم واستمالتهم للفجور. وكذلك  
عقابهم بطريقة لا إنسانية، أو على نحو يمتن كرامتهم، وتكليفهم بالعمل سخرة<sup>(١)</sup>.

٨٩٠- ويظل الحق في الحياة مطلباً أساسياً للناس جميعهم. فلا يجوز إزلالهم ولا  
ترويعهم، ولا طعنهم بالقلق الدائم، ولا قهر إرادتهم إلى حد طمسها فلا يعرفون هويتهم،  
وعلى الأخص من خلال العقاقير الطبية التي تعطيها السلطة جبراً لمن أختطفهم من  
المواطنين، وأخفئهم عن ذويهم.

وفي هذا الإطار، لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه<sup>(٢)</sup>،  
ولا الإخلال بتكامل بدن الإنسان سواء بالمعاشرة الجنسية لإمرأة بالقوة؛ أو حملها على  
الدعارة؛ أو بتعقيمها حتى لا تحمل، أو بإجهاضها قسراً أو بالتعامل فيها، أو بتعريضها لحيوان  
يغتصبها.

٨٩١- وقد يعاون شخص آخر على الانتحار أو يشرع في ذلك، ويعتبر هذا العمل  
جريمة معاقباً عليها قانوناً في أكثر الدول. ولكن قوانين هذه الدول ذاتها قد تخول الأشخاص  
الميتوس من شفائهم -كالذين دهمتهم حادثة مزقتهم وأحالتهم وجوداً هامداً لا يحيا بغير  
الوسائل الطبية الصناعية، Persistent vegetative state الحق في رفض الاعتماد على هذه  
الوسائل التي تبقئهم على قيد الحياة. وهو ما يثير بالضرورة النظر في مدى مخالفة هذه  
القوانين لشروط الحماية القانونية المتكافئة.

ذلك أن هذه القوانين تميز بين الذين يعتمدون في بقائهم أحياء على وسائل طبية تحول  
دون موتهم، وبين الذين لا يعتمدون عليها، وإن كان مرضهم خطيراً، وفرصهم في النجاة من  
مخاطره، تكاد أن تتعدم.

(١) V. Ch. Chanet: La convention des Nations Unies contre la torture et d'autres peines ou Traitement cruels, inhumains ou dégradants ou A.F.D. 1. 1984.

(٢) انظر في ذلك نص المادة ٢٣ من دستور جمهورية مصر العربية التي تحظر إجراء أي تجربة طبية أو  
علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر. وكذلك نص المادة ٤٧ من الدستور التي توجب معاملة من  
يقبض عليه أو يحبس أو تقيّد حريته بأي قيد، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان.

فبينما تخول الفريق الأول الإسراع فى إنهاء حياتهم برفض هذه الوسائل ومطلبهم التخلص منها؛ فإن أفراد الفريق الآخر الذين لا يعتمدون عليها، لا يستطيعون الحصول على معونة طبية ينهون بها حياتهم، ولو أحاطتهم أمراض لا أمل فى برئها، وكان مآل الأمر فيها إلى موتهم، كالذين نهش السرطان أجزاء من أبدانهم مستشرياً فيها بما يحتم ألامهم فى النجاة منها.

حال أن كثيرين يرون أن الفريقين فى مركز قانونى واحد. ذلك أن الذين يرفضون وسائل إنقاذ حياتهم الطبية ويطلبون من أطباءهم التخلص منها، لا يختلفون فى شئ عن الذين يطلبون من أطباءهم معاونتهم على الانتحار، خلاصاً من أمراضهم المبرحة ألامها، والتي لا أمل فى شفائها.

كلاهما يعمل على إنهاء حياته؛ أحدهما برفض المعونة الطبية اللازمة للإبقاء عليها<sup>(١)</sup>؛ وثانيهما يطلبها للتخلص من حياة مقطوع بانتهائها.

غير أن الاتجاه القضائى فى القانون المقارن، ينظر إلى هذا التمييز باعتباره غير مناقض لشرط الحماية القانونية المتكافئة، وذلك تأسيساً على أمرين:

أولهما: أن شرط الحماية للقانونية المتكافئة، لا يولد حقاً من طبيعة موضوعية، ومؤداه وجوب أن يعامل المشرع الأشياء المتشابهة بصورة واحدة؛ وإمكان أن يعامل الأشياء المتخالفة على نحو متغاير<sup>(٢)</sup>.

A State must treat like cases alike, but may treat unlike cases accordingly.

والدستور بذلك لا يتطلب أن تعامل الأشياء المختلفة فى واقعها، أو من وجهة النظر التى تتعلق بها، بافتراض تساويها قانوناً فيما بينها.

ثانيهما: أن حق الأشخاص فى طلب التخلص من الوسائل الطبية التى يتقيهم أحياء، لا يؤسس على حق كفه الدستور لهم فى التعجيل بموتهم To hasten death. وإنما على الحق فى ألا يمس آخرون -ريندرج الأطباء تحتهم- أبدانهم بغير موافقتهم Unwanted touching.

ولا كذلك أشخاص يعينهم الأطباء على الانتحار بإعطائهم عقاراً قاتلاً، يكون منهيأ لعذابهم من الأمراض التى يعانونها. ذلك أنهم يعمدون إلى قتلهم، ويخرجون بذلك عن أصول

(١) يعيش هؤلاء على وسائل صناعية يتقيهم.

(٢) Plyer V. Doe, 457 U.S. 202, 216 (1982).

مهنتهم في صون حياة مرضاهم لا تكميرها<sup>(١)</sup>. فليس ثمة حق لأحد في الانتحار، لا مباشرة، ولا عن طريق معونة يقدمها غيره له.

٨٩٢- وما أراه صواباً هو أن الحق في الحياة والحق في الموت، معنيان متضادان. ذلك أن أولهما إصرار عليها طلباً لبقائها. وثانيهما إقناء لها وإنهاء لوجودها. ولئن كان الحق في الحياة مطلوباً ضمنانه، إلا أن قتل النفس ليس حقاً لأحد. إذ هو حرمان من الحق في الوجود بغير الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أن من يقدمون على الانتحار بأنفسهم، وكذلك من يطلبون من أطبايهم معاونتهم في ذلك؛ كلاهما ينهيها بيده، أو بيد غيره. كذلك يفترض قيمين تدمهم حادثة بنعدم معها أملهم في النجاة من عواقبها، أن الوسائل الطبية التي تغذيهم، هي التي تعينهم على البقاء أحياء Lifesaving hydration and nutrition. فإذا رفض هؤلاء المصابون تلك الوسائل، تعين أن تكون إرادتهم في ذلك إرادة قاطعة ولو عبروا عنها في مرحلة سابقة على الحادثة التي شتمتهم وجعلتهم غير واعين بما يدور حولهم<sup>(٣)</sup>.

ولكن الفرض فيهم أنهم صاروا مهشمين من كل الوجوه، تحيطهم غيبوبة كاملة، لا يدركون معها شيئاً مما حولهم.

ولا يتصور بالتالي -حتى مع افتراض جواز إنهائهم لحياتهم من خلال طلبهم انتزاع الأجهزة التي تبقيةم أحياء- أن يحل آخرون محلهم في ذلك، ولو كانوا من آبائهم أو أمهاتهم أو أزواجهم أو أقربائهم.

(١) Vacco, v. Attorney General of New York, decided by United States Supreme Court on June 26, 1997.

(٢) يندرج تحت الوسائل القانونية الجائزة، أن يصدر حكم قضائي بإعدام قاتل أو تقييد حرية من خلال عقوبة بدنية، كالإشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة أو السحر أو الحبس.

(٣) يقع أحياناً أن يتعرض الإنسان لحادثته تتعطل معها وظائفه الحيوية، فلا يمي شيئاً مما يدور حوله، وإن ظل باقياً على قيد الحياة بحكم الوسائل الطبية التي تغذيه وتبقية حياً، فإذا كان قبل تعرضه لهذه الحادثة، قد ذكر لصديق أو غيره أنه يرغب في التخلص من الوسائل الطبية الإصطناعية التي تبقية حياً إذا تعرض لحادثة يصير بسببها بغير أمل في النجاة منها، تعين إعمال إرادته في ذلك وسحب الأجهزة الطبية التي تبقية حياً. وإذ ينهي الأطباء حياته لسحب هذه الأجهزة من بدنه، فإنهم لا يفعلون شيئاً أكثر من الاستجابة لرغبة مريضهم.

Crwzan v. Director, Missouri department af health, 497 U.S. 261 (1990).

ولئن كان الأشخاص الذين يطلبون من أطبائهم في أيامهم الأخيرة، معاونتهم على الخلاص من الحياة، بالنظر إلى استفحال أمراضهم التي تدل الحقائق العلمية على استحالة البرء منها؛ إلا أن من الصعوبة الجزم بنوع الأمراض التي يصير بها موتهم وشيكا Terminally ill، ولا القول -و قد طحنتم آلام أمراضهم- بأنهم قصدوا بكامل وعيهم، إنهاء حياتهم؛ ولا الفصل بصفة قاطعة فيما إذا كانوا قد اختاروا حقاً إنهاء حياتهم بكامل وعيهم- Mentally competent. ذلك أن أمراضهم تشقيهم وتعذبهم، وتعرضهم لآلام مبرحة لا يتصور معها إدراكهم ما يفعلون.

فضلاً عن أن إرادة الموت لا يملكها أحد، وإلا جاز لكل امرأة أن تجهض نفسها ولو نصحتها الأطباء بأن هذا الإجهاض مؤد إلى موتها بالضرورة. وجاز كذلك لكل إنسان أن يقرر متى يبقى حياً ومتى يفنى. وهو ما لا حق لأحد فيه، ولو بالتلذذ بالحرية الشخصية أو التخريج عليها. ذلك أن الحرية في معناها الحق، تتلخص انفلاتها إلى حد إعدام الشخص حياته بنفسه.

٨٩٣- وثمة فارق كذلك بين المصابين في حادثة هسنتهم، ولم تبق لهم شيئاً من وظائفهم الحيوية، إذ يعاملون بوصفهم ميتين فعلاً بالمقاييس العلمية. ولن تخرجهم الأجهزة الطبية -التي تعينهم على البقاء في صورة الأحياء- من حالة عدم الوعي فيها<sup>(١)</sup>؛ وبين الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، ولو كانوا مصابين بأمراض عضال يكون موتهم بسببها وشيكاً، وأملهم في الحياة منتهياً.

ذلك أن أفراد الفريق الثاني أحياء، فإذا أعلتهم الأطباء على الانتحار، فإن معاونتهم هذه تستبق موتهم. وهو ما لا يجوز، خاصة وأن القول بجواز الانتحار لا إجماع فيه، لا بين الفلاسفة ولا بين رجال الدين والفقهاء.

(١) في القضية. Crwzan v. Director, Missouri Dep't of Health 497 U.S. 261 (1990) قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بدستورية تشريع صدر عن ولاية ميزوري يجيز نزع أجهزة الإعاشة الطبية التي يبقى بها أشخاص مهشمون على قيد الحياة بشرط أن يتفق نزعها، وإرادة سابقة واضحة للمريض Consistent with the patient's previously manifested wishes بل إن المحكمة في هذه القضية تفرق بين هؤلاء المرضى الذين تبقى حالاتهم مستقرة بفضل الوسائل الطبية لأكثر من ثلاثين عاماً- وهو ما شهد به الشهود في القضية المذكورة، وبين المرضى الميئوس من شفائهم بالنظر إلى خطورة مرضهم ولو كان مرضهم مفضياً إلى موتهم Terminally ill.

فمنهم من يقول بأن الانتحار عمل جبان يناقض إرادة الحياة، ودلائل الوجود Une lâcheté devant les épreuves de L'existence، أو هو إحلال لإرادة الفرد محل إرادة خالق بيده وحده إحياء الناس وإماتتهم.

L'appropriation d'un pouvoir sur la vie qui n'appartient qu' à Dieu maître de la vie et de la morte.

ويراه فريق آخر رد فعل في مواجهة نكول الجماعة عن واجبها في تحقيق التضامن الاجتماعي بين أفرادها.

ويصوره آخرون بأنه التعبير الأعلى عن الحرية الفردية التي يملكها الناس جميعهم، ويتصرفون بها في أبدانهم<sup>(١)</sup> L'expression supreme de la liberté individuelle. وأن المنتحرين لا يصيبون غير أبدانهم هذه بالضرر، ولو من خلال إضرابهم عن الطعام لأغراض سياسية، أو عن طريق تعاطيهم جرعة من دواء يقتلهم. وكذلك برفضهم العلاج من أمراضهم، بقصد التخلص من حياتهم.

بيد أن الآراء التي تقول بجواز الانتحار باعتباره نتاج الإرادة الحرة، يعييبها أن الناس لا يملكون حرية مطلقة على أبدانهم. إذ لو صح هذا القول، فلماذا جرم المشرع دعاية المرأة ولو بغير أجر، بالرغم من أن المرأة الداعرة تخالط بإرادتها الحرة الرجال بغير تمييز!!

ولم أتم المشرع كذلك إتيان الرجال فجوراً!!! وعارض صوراً من الإجهاض تأتيها المرأة بإرادتها على بدنها!!!

ولم حظر نقل أجزاء من الأبدان إلى آخرين -ولو لإنقاذ حياتهم- إلا إذا كان هذا الإجراء بغير مقابل، ولا يلحق ضرراً بالمتبرع!!!

ولم أبطل المشرع كل تعامل في الأبدان أو أطرافها ينافي تكاملها، أو ينظر إليها باعتبارها محلاً لحقوق مالية يجوز نقلها إلي آخرين<sup>(٢)</sup>!!!.

(١) Jacques Robert, Droits de L'homme et libertés fondamentales, e édition, P. 210.

(٢) ينظر البعض إلى حق المهشين في رفض بقاء الأجهزة الطبية التي تعينهم على الحياة، باعتبارها مندرجاً تحت حق الشخص في رفض العلاج الطبي.



### الباب الرابع

### القانون أداة تنظيم الحقوق وقد بطوقها

#### الفصل الأول

#### امتناع تجريم المصالح التي كفلها الدستور

٨٩٤- يكفل الدستور في صلبه كثيرا من الحقوق بالنظر إلى حيوية المصالح التي تغالطها وتوجهها، من بينها الحق في الحرية الشخصية، وفي حرية الاختيار والتعبير، وفي ضمان خواص الحياة، وفي الإطلال على العلوم على اختلافها، وفي مواجهة إساءة استعمال السلطة، وفيما ينبغي أن تنقذ به النظم الجنائية سواء من جهة الأعمال التي يجوز أن تؤتمرها أو قدر عقوباتها، وفي حرية اختيار المهن والأعمال التي نطلبها، وفي حق الحصول على أجور مماثلة عن الأعمال عينها.

فما هي حدود كل حق أو حرية منها؟ وهل يجوز -وفيما خلا حرية العقيدة والحق في التعددية- وصفها بالإطلاق. فإذا جاز تنظيمها.. فما هي حدود هذا التنظيم، وهل يجوز القول بأن لكل حق ولكل حرية دائرة منطقية لا يجوز اختراقها.. وما هي حدود هذه الدائرة.. وما نوع المصالح التي تتراحم عليها لتقدير ما يلائمها من القيود. وهل ينظر في مجال تحديد دائرة حقوق المواطنين وحررياتهم ونطاق القيود التي يجوز فرضها عليها، إلى أوضاع تطبيقها، وسياق متطلباتها؟ أم يتعين تحديد بنياتها في صورة مجردة تنفصل عن واقعها.

٨٩٥- تلك جمعيتها معان قد تختلط ببعضها في مجال بيان الدائرة المنطقية لحقوق المواطنين وحررياتهم، وإن تعين القول بأن لكل حق ولكل حرية أغراضا يستهدفها، فلا يجوز تنظيمها بما يخل بهذه الأغراض أو يجاوزها، ولا تقييده بنصوص قانونية يستحيل عقلا ربطها بها، وفيما وراء هذه التخوم، لا يجوز تنظيم الحق والحرية إلا في دائرة منطقية لا يفقد بها وجوده، أو معناه ولا يتقلص من أطرافه بما يضائل من جنواه. ومن ثم يكون لكل حق أو حرية نواة Nucleus لا يجوز أن تهدم أو تتآكل لأنها بؤرة الضوء فيه، والخلية التي ينبثق منها والتي تعطيه الحياة التي يتنفس من خلالها. فإذا انقضض المشرع عليها أو أرهقها بما يعوق حركتها المنطقية، زال وجود الحق أو الحرية، أو لم يعد هذا الوجود فاعلا.

فنحن إذن أمام حقوق كفلها الدستور في صورة واقعية لا مجردة، متوخيا بإحداثها أن تحقق في تطبيقاتها العملية، الأغراض المقصودة منها دون زيادة أو نقصان. فلا هي فوق السلطة، ولا السلطة فوقها. وإنما تعمل هذه الحقوق في نطاق توازن اجتماعي يتوخى التوفيق قدر الإمكان بين زحام المصالح التي تلابسها.

٨٩٦- فالحق في الاجتماع ليس إلا إطاراً واقعياً لحرية التعبير. ذلك أن الأفراد يدخلون فيه -لا لتضمهم جذران مغلقة يقعون داخلها صامتين، وكان علي رؤوسهم الطير- وإنما هم معنيون ببعض الشئون التي يريدون مناقشتها- لا لأنهم اتخذوا من قبل موقفاً نهائياً بشأنها - وإنما طلباً لحوار حولها، سواء كان هذا الحوار هادئاً أم صاخباً، جارحاً في بعض كلماته، أم معتدلاً، متقداً عاطفياً أو متوازناً. فكل أولئك أشكال من الحوار لا تغض من قيمته ولا تنتقص من ضرورته. وهي بذلك مدخل هام من مداخل حرية التعبير التي تقتض حق الناس جميعهم في التعبير عن آرائهم التي يريدون إعلانها، وتلقيها من آخرين، ونقلها منهم -من خلال ترويجها- إلى دائرة أعرض، سواء كان التعبير حركياً أم قولاً أم رمزاً، أم صورة أم رسماً، أم بكل هذه الوسائل جميعها وبغيرها، حتى تظل الكلمة انتقاء حراً ونيعاً صافياً لإرادة الاختيار التي تقتض مباشرتها بعقل مفتوح، وبقوة دافعة واثقة لا وجل فيها ولا تهاون.

٨٩٧- وتظل للكلمة أهميتها ليا كان مصدر رسالتها أو مضمونها. فما نراه سقيماً من الآراء قد يكون أرجحها قبولاً. وما يكون بخيضا من صورها قد يكون الحقيقة التي أخفقتنا في إدراكها، وما لا نفهمه من ملاحظها قد يكون هو الأكثر اعتدالا.

وليس لأحد أن يفرض علي غيره وصاية فيما يراه من الآراء صواباً، ولو لم تكن في حقيقتها غير بهتان عظيم. فالآراء لا تحيا في مياه راكدة، ولا آسنة. ولكن بينتها هي التي تنربها أو تجذبها؛ تعطيا قوتها، أو تخفض قيمتها؛ تردا إلى حكم العقل، أو تفرض عليها مظاهر التسلط؛ تقبلها بنظرة متسامحة أو تزدريها بعين ساخطة، تمنحها مجالاً حياً يكفل ذيوها، أو تحيطها بقضبان من حديد تعقلها؛ توفر لها مقامها وأغلاها أو تطلق سراحها من أسرها؛ تنقهمها وتتفاعل معها، أو تكبلها حتى لا ينفذ أحد إليها. وما كان الدستور ليكنل حرية التعبير في نطاق لا يؤمن بضرورتها، ولا بأن الآراء حتى مع تصادمها تظل نبأاً للحقيقة التي نريد معرفتها، ولا بأن القائلين بها لا يجتمعون علي كلمة واحدة إلا في قليل من الأحوال.

وتظل الكلمة هي الكلمة، قوتها في الإصرار عليها وحيوتها في الإعلان عنها أو الجهر بها، وقيمتها في كونها تعبيراً عن إرادة لا يجوز طمسها، ولا تحريفها، أو إرهابها بما يردّها عن الدائرة المنطقية لحركتها.

وهي تمثل في النظم الديموقراطية أكثر روافدها عطاء، ولبلغها أثراً، وأفضلها طريقاً إلى التغيير، وأحقها بالدفاع عنها والنكتل وراءها. ولا تزال الكلمة حواراً في وسط اجتماعي، فلا تهيم في القضاء، ولا تنقل موازينها كراهة لها. إذ هي دوماً طريق إلى التغيير بالوسائل السلمية. فلا تجوز مصادرة أنواتها، ولا نقض محيطها.

وبقدر اتساع قاعدتها، تتحدد درجة تأثيرها في الجماهير، وأنماط خياراتها ونوع المصالح التي تقبلها، وطرائق الحياة التي تميل إليها.

بيد أن الكلمة التي نطلق بها وإن كان يحكمها أصل الحل، إلا أن تجريئها يجوز في أحوال استثنائية تفصل بين ما هو مشروع وغير مشروع من صورها. كذلك فإن دائرة تنظيمها تبلور ما يجوز أن يفرض عليها من القيود بما لا يقوضها أو ينتقصها من أطرافها. ولا يدخل في إطار القيود الجائزة علي حرية التعبير، تطويق هذه الحرية لمواجهة مخاطر متوهمة، أو مخاطر متوقعة ليس لها من إحدائها ووضوحها ما يرشحها كقيد علي تلك الحرية.

ويتعين دائما إذا قيل بأن بعض الآراء تلاعبها مخاطر داهمة، أن ننظر إلي نوع المصلحة التي نسميها وأثرها عليها. ذلك أن حرية التعبير ما كفلها الدستور إلا بقصد إثرائها، وبما لا يخل بجواز تقييدها في دائرة ضيقة، هي التي يكون التعبير فيها مؤديا حالا ومباشرة، وبصورة واضحة لا تخطئها العين، إلي تقويض أو تهديد مصلحة حيوية لها من أهميتها بوجه عام، ما يقيمها فوق حرية التعبير.

وما قلناه في شأن حرية التعبير ينطبق بالقوة ذاتها علي حرية الاجتماع، وهي إطار حرية التعبير فلا يجتنبها المشرع من منبته، ولا يحيطها بقيود ترهقها، ولا يواجها بوصفها مدخلا يخلو السلطة مطاردة خصوصها وتعقبهم من خلال تجريم صور الاجتماع علي اختلافها ولما كان غرضها، وكان الدخول في اجتماع معين قرين الجريمة، أو هو الطريق إليها.

٨٩٨- وفصلا عن أن حرية التعبير والحق في الاجتماع لا يجوز تقييدهما في غير ضرورة، فإن الحرية الشخصية بذل منها تقويض إرادة الاختيار الكامنة فيها، والتي تبلور الشخصية الإنسانية في جوهر ملامحها. وهو ما يتحقق علي الأخص من خلال حمل أشخاص علي الشهادة التي تكفيهم، فلا يكون الإدلاء بها غير تعبير عن منطق القهر والإملاء. وكلما كان المخاطبون بالقوانين الجنائية لا يملكون غير خيار الخضوع لأحكامها، أو حملهم جبرا علي الإدلاء بشهادة يربون كتمانها، حتى لا ينهموا جنائيا بسببها؛ فإن هذه القوانين تكون مخالفة للدستور، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي تؤثم أفعالا بذواتها، وتفرض علي من يأتونها صورا من الجزاء لها من ضرورتها ما يخل به التوازن بين الجريمة وعقوبتها. فلا تكون عقوبتها هذه غير تعبير عن منافاتها للقيم التي ألقتها الدول المتحضرة في مظاهر سلوكها المختلفة، وعلي الأخص كلما كان تقدير عقوبتها واقعا في إطار نظرة متخلفة ترند إلي حقبة ماضية نبذتها أسرة الأمم في مفاهيمها الأكثر تطورا.

٨٩٩- ولأن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين، فإن معاقبة الشخص عنها أكثر من مرة، يكون كذلك منافيا للقيم التي احتضنتها الأمم المتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متلاحقا عن الجريمة ذاتها، ولو أعطي المشرع الواقعة الإجرامية ذاتها، تكييفاً مختلفاً. وتنطبق هذه القاعدة حتى في الدول الفيدرالية التي تتوزع السيادة فيها فيما بين ولايتها من جهة والسلطة الفيدرالية من جهة أخرى Separate Sovereignties.

ذلك أن السيادة -سواء كانت موزعة في الدول الفيدرالية، أم مجمعة في الدول البسيطة التكوين- هي في النهاية سيادة في دولة واحدة لا تجاوز مباشرتها الخط الخارجي لحدودها الإقليمية. ولا يجوز بالتالي لولاية في تنظيم فيدرالي - وعلى ما نراه- أن تعاقب متهما مثل أمامها وفقاً لقوانينها، في شأن جريمة كان قد حوكم عنها أمام محكمة فيدرالية، ولو كان نشاط الجاني يكون جريمة فيدرالية وجريمة محلية في آن واحد، بشرط أن تتحد الجريمتان في أركانها.

ذلك أن كل ولاية، وإن كان لها تشريعاتها التي تخولها القصاص من الجناة عن جرائمهم التي يرتكبونها في إقليمها -ولو كان المشروع الإجرامي قد انبسط إلى حدود أكثر من ولاية- إلا أن ملاحقة الشخص عن الجريمة ذاتها لمجرد تعدد القوانين التي تعاقبه عنها، يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة. ومرد ذلك أن هذه القوانين جميعها تطبق في دولة واحدة.

ويزيد الأمر سوءاً أن الولاية في الدولة الفيدرالية قد تنحل بحكم قضائي صدر عن دولة أجنبية في شأن شخص مقيم في الولاية، فلا تعيد محاكمته من جديد أمامها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبها، مؤتمة كذلك بمقتضى قوانين الولاية. وأولى بها أن تنزل على قضاء صدر عن ولاية غيرها، أو عن السلطة الفيدرالية الوطنية، في شأن الجريمة ذاتها. ذلك أن الدستور وإن كان قد احتجز لكل ولاية بعض مظاهر السيادة التي اختصها بها، إلا أن عليها أن تبأثر هذه السيادة بالتوافق مع السيادة الفيدرالية وليس بما يناقضها. فضلاً عن أن وحدة شعوبها تقتضيها أن تطبق قوانينها بطريقة منصفة، وبما يكفل رخاءها العام، وليس بما يقوض هذه الوحدة أو يفسمها. وحقائق العلل ومعطياتها، ينافيها كذلك ملاحقة شخص عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة سواء أدين عنها. أو اعتبر بريئاً منها.

٩٠٠- وقد آل تطور حقوق الإنسان إلى حظر كل عقوبة أو معاملة تكون قاسية أو مهينة، وإن ظل تحديد ماهية هذه العقوبة أو المعاملة، عصياً على البيان. وتردد الوثائق والعهود الدولية هذا الحظر. وهو ما تقرر بنص المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛

وبنص المادة ٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية، وبنص المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية، وبنص المادة ٢٥ من الإعلان الأمريكي لحقوق الرجل وواجباته التي تقضى بأن لكل فرد الحق في معاملة إنسانية خلال فترة احتجازه؛ وبنص المادة (٥) من الاتفاقية الأمريكية في شأن حقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص تكاملاً في قواه العقلية والخلقية والبدنية؛ ولا تجيز تعذيبه أو تعريضه لمعاملة أو لعقوبة غير إنسانية أو مهينة؛ وتوجب معاملته -كلما حرم من حريته- بما يحفظ عليه كرامته؛ وتحظر امتداد العقوبة لغير الجناة.

ولا تزال عقوبة الإعدام تثير جدلاً عريضاً بين الفقهاء والقضاة ورجال علم الاجتماع. ذلك أن مفاهيم القصاص الكامنة فيها، لم تردع آخرين عن إتيان الجرائم المؤدية إليها، وتعارضها بعض الدول التي لا تزال تعطى للحياة قيمتها. وقيل في ذلك بأن مفهوم الردع وإن كان يبلور الغاية النهائية لهذه العقوبة؛ إلا أن من غير المقبول إجهاض حياة الإنسان بناء على حكم قضائي يحتمل الخطأ، أو على ضوء تطبيق القضاة لهذه العقوبة بمعايير مختلفة يناقض بعضها البعض، ولا تكفل للجناة بالتالي مساوئهم في فرص فرضها.

وقد كان من شأن الهجوم المتصاعد على عقوبة الإعدام، والقول بانقضاء طبيعتها الخلقية ومنافاتها للإنسانية وملاءمتها، أن قل عدد الأشخاص الذين يساقون إليها بأحكام قضائية، بالرغم من ازدياد الجرائم التي تستوجبها. وتضاعل كذلك عدد الأشخاص الذين تنفذ فيهم هذه العقوبة بعد توقيعها بما يؤكد النفور العام منها، وتردد للقضاة في فرضها والجهة الإدارية في تنفيذها.

وأما كان شأن عقوبة الإعدام من جهة قسوتها أو القول بمنافاتها للقيم الإنسانية، فإن إيقاع هذه العقوبة يفترض توافر وسائل إجرائية وتحقيق ضوابط موضوعية.

وتأخذ الأشكال الإجرائية لهذه العقوبة في حسابها، طريقة تشكيل الجهة القضائية التي تختص بتوقيعها؛ وما إذا كان حكمها بتوقيعها معلقاً على إجماع أعضائها، أم كان جائزاً صدورهم بموافقة أغليتهم؛ وما إذا كان توقيعها حكماً؛ وما إذا كان فرضها اختيارياً. وتحدد القيم المعاصرة ضوابط فرض هذه العقوبة، ولا تجيز أن يكون توقيعها واقعاً في إطار السلطة التقديرية المطلقة، وتتضمن أن تصاغ القوانين التي تفرضها في حدود ضيقة، وأن تحدد هذه القوانين بصورة جلية لا خفاء فيها شروط تطبيقها.

ويظل مطروحاً أمام جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ما إذا كانت هذه العقوبة - وبغض النظر عن الأشكال الإجرائية التي تحيط بتوقيعها - تعتبر في محتواها - عقوبة قاسية لا يجوز فرضها.

ذلك لأن القول بقسوة العقوبة، من الدفوع الموضوعية التي تتصل بمضمونها. وهي قسوة تبدو متناهية في شدتها مادياً ونفسياً من خلال عقوبة الإعدام، وعلى الأخص بالنظر إلى طول المدة بين توقيعها وتنفيذها. وهي مدة يقضيها المحكوم عليه بها متربصاً لحظة إنهاء حياته وتدميره بصفة نهائية، فلا يبقى له من وجود. كذلك يميل الاتجاه العام في كثير من الدول إلى إلغاء هذه العقوبة سواء بصفة فعلية أو قانوناً بما يؤكد أن هذه العقوبة لم تعد تمثل اليوم - في بقائها - حقيقة تاريخية. بل إنها تناقض القيم المعاصرة وتزيد في قسوتها على أية عقوبة تقبل بها الدول الحرة. ومن شأنها الحط من كرامة المحكوم عليهم بها. وهي كذلك عقوبة انتقائية أحياناً لاقتارها إلى الضوابط الواضحة التي تضيق من نطاق تطبيقها. وقد يقع التمييز في مجال فرضها بما يخل بشرط الحماية القانونية المكافئة.

بيد أن المنادين بإلغاء عقوبة الإعدام، فاتهم إنها قصاص عادل في شأن جرائم القتل، وأنها لا تعتبر قاسية بالنظر إلى خصائص الجرائم التي تقابلها، وهي جرائم خطيرة بطبيعتها تقتض أمن الجماعة ونزعها، ويتعين بالتالي ردع مرتكبيها.

٩٠١- تلك صور من القيم التي احتضنتها الدساتير، والتي لا يجوز المشرع أن ينتهكها وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي يسقطها. ذلك أن الدستور ما قرر هذه القيم إلا لضمان المصالح التي ترتبط بها. وجميعها مصالح يتصل صونها بكرامة الإنسان التي يناقها حملها على الخضوع للسلطة حتى لا ينطق، ولبأسها حتى يعزل عن غيره، ولقسوتها ولو كان فعلها تعذيباً أو تنكيلاً أو مصادرة للحق في الكلمة، أو للحق في الإبداع، أو للحق في تكامل الشخصية، أو للحق في حرية مفتوحة أبوابها، وفي وسائل للعيش تنبئ طرائقها، واشكالا من الاختيار تتعدد دروبها، ونوافذ من المعرفة عريضة مداخلها، وروافد للملكية الخاصة لا يجوز أن تختل حرمتها. فذلك كله بعيد عن تدخل المشرع، وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي ينال من الدائرة المنطقية لكرامة الإنسان التي تفترض ألا يستعبد، وأن يعمل، وأن يطور من ظروفه وملكانته، وأن يشق باجتهاده طريقه إلى حياة أفضل، فلا يصعد وجهه لغير الله تعالى إذا حزبه أمر.

٩٠٢- ويؤثر الإبداع في العلوم والفنون في حياة الدول جميعها، ويعطيها وجهها المشرق، ويكفل حيوتها وتقدمها، واتصال مظاهر التطور فيها بأسبابها وبالأمال المعقودة

عليها. ولا يجوز بالتالي أن ينتقد الإبداع بقعود لا ينطلق معها إلى الأفاق الجديدة التي يتعين أن يقتحمها، ولا أن يكون من شأن هذه القيود الحد من تشجيعه توثباً وانطلاقاً. بل إن الحق في الإبداع يكاد أن يكون من الحقوق التي لا يجوز تقييدها مالم يكن في بعض صورته، منافياً للقيم الخلقية في أصولها وثوابتها، أو ملحقاً الإنسانية أضراراً لا يجوز القبول بها، أو مناقضاً من وجه آخر، الفرائض العلمية في جوهر مكوناتها.

٩٠٣- وعن كرامة الإنسان، يتفرع الحق في الحرية بما يؤمنها ضد القبض و الاعتقال غير المشروع، ويصون أدواتها في التعبير، وركائزها في العقيدة وقواعد ممارستها، ومتطلباتها في الانطلاق بالخلق والابتكار إلى آفاق لا حدود لها، لتصفو حرية البدن وللعقل وللضمير، ولتكوين أسرة تكون هي الخطوة الأولى في التقدم.

٩٠٤- تلك صور من الفرائض التي تستلهمها النظم الديمقراطية أو تقوم عليها، ولا يجوز لقانون جنائي أن يشرع علي خلافها، وإلا ناقض الدستور. ولا يجوز كذلك في إطار هذه النظم الديمقراطية أن ينال المشرع من جوهر الحق أو الحرية، أخذين في الاعتبار أن هذا الجوهر Nucleus هو النطاق المنطقي لمباشرتهما ولتحقيق فعاليتهما. ذلك أن الحقوق والحريات جميعها مردها إلى مصادرها التي يستقيم بها وجودها. فلا يخلل بنيان الحق أو الحرية من خلال قيود غير مبررة، سواء في مضمونها، أو مثلثها، أو أهدافها، على أن يكون مفهوماً أن النطاق المنطقي للحق أو للحرية، إنما يتحدد ليس فقط على ضوء حقيقة فحواه ودرجة اخلاص النصوص القانونية بصحيح مضمونه، وإنما كذلك على ضوء الآثار العملية التي رتبها والتي ترصدها الجهة القضائية لتحديد قدر تأثيرها في أوجه الحماية التي كفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم.

## الفصل الثاني

### القانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم

#### أولا

#### مفهوم هذه القاعدة

٩٠٥- ومواء ورد النص على حقوق المواطنين أو حرياتهم في الدستور، أو في وثائق إعلان الحقوق، أو كان المشرع مصدرها المباشر، فإن تنظيمها بأداة أدنى من القانون لا يجوز. وإنما يتم ذلك بقانون يحيط بها، أو يتناولها على الأقل في خطوطها الرئيسية، على أن نقره السلطة التشريعية التي تدير بنفسها -ومن خلال أعضائها الذين يمثلون هيئة الناخبين- حواراً جاداً وحقيقياً وعلنياً حول مولده جميعها بعد بصرها بجوانبها المختلفة، ونظرها في مثالبها ومزاياها، وقدر تحقيقها لأهدافها، والبدائل الأفضل لضمان الأغراض المقصودة منها.

فلا يكون الحوار حول مضمون القانون، ومقاصده، خفياً واقعاً خلف جدران مغلقة. La publicité des débats parlementaires، وإنما يقوم هذا الحوار على آراء مختلفة يقارع بعضها البعض، وتتوعد اتجاهاتها، وتتعدد مداخلها، وتتزامن القيم التي تدور حولها. فلا تتوافق هذه الآراء فيما بينها، ولكنها قد تتعارض في جملتها، ليخرج القانون من رحمها على ضوء حلول توفيقية تزيل ما بين مواد القانون من تناقض وما بين المصالح الماثرة فيه من تخالف، فلا يكون القانون في صورته النهائية غير حصاد آراء متوافقة -وعلى الأقل في العريض من خطوطها- لينجو من تدخل السلطة التنفيذية التي لا يجوز لها أن تؤثر في نصوص القانون بضغطها أو بإغواءاتها؛ ولا أن تعطل مباشرة السلطة التشريعية لاختصاصاتها التي تمارسها في الحدود التي نص الدستور عليها. بما يجعل إقرار القانون عملية حرة بطبيعتها، بعيدة عن الانفعال أو السطحية، وقائمة على تحليل أحكامه وتقييمها، فلا يقر البرلمان قانوناً تهوراً أو استهواءً<sup>(١)</sup>.

(١) Charles Debbasch ; Jean – Marie Pontier ; Jacques Bourdon et Jean Claude Ricci, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 3e édition augmentée et corrigée, Economica pp.552-533



### ثانياً

#### احتجاز الدستور مسائل بذواتها لتنظيمها السلطة التنفيذية،

#### لا يمنع من تدخل البرلمان تشريعياً فيما سواها

وحتى فى ظل الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ الذى اعتبر كافة المسائل التى لم يعهد الدستور بها إلى البرلمان، من طبيعة لائحة<sup>(١)</sup>، يظل للبرلمان أن يشرع فى كافة المسائل التى يتولاها وفقاً للدستور. وهى مسائل قد تبدو محدودة فى نطاقها، ولكن يكفيها أنها تتناول فى بعض جوانبها تحديد الضوابط الرئيسية التى يباشر المواطنون فى نطاقها حقوقهم وحرياتهم بما يؤكد ضماناتها ويكفل بالتالى فعاليتها.

La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

### ثالثاً

#### بين خلق القاعدة القانونية وتنفيذها

تعمل السلطة التنفيذية فى حدود القوانين القائمة، وتحرص على تنفيذها فى إطار مسؤوليتها ووفق واجباتها<sup>(٢)</sup>.

وسواء احتجز الدستور للسلطة التنفيذية مسائل تشريعية بطبيعتها، واختصها وحدها بتقرير القواعد القانونية التى تحكمها، أم تولى البرلمان وفقاً للدستور الولاية التشريعية بكامل مفرداتها، لتحسب القوانين التى يقرها بكل شأن عام، فإن عليها ألا تطلق يدها فيما يتولاها البرلمان أصلاً من الشؤون .

ولا يجوز لها بوجه خاص أن تنتفد قانوناً بما فيه تعطيل أو تقييد لأحكامه أو إعفاء منها؛ ولا أن تحصل من البرلمان على تفويض غامض الأبعاد أو عريض الاتساع لتدخل به نفسها جانباً هاماً أو رئيسياً من الولاية التشريعية؛ ولا أن تهبط بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية إلى ما دون مستوياتها التى درج العمل فى الدول الديمقراطية على التقيد بها؛ ولا أن تعطل

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ على أن كافة المسائل التى لا تدخل فى مجال القانون، تكون لها طبيعة لائحة

Les matieres autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaires.

(٢) يقع كثيراً أن يكلف البرلمان السلطة التنفيذية، بوضع اللائحة التنفيذية للقانون خلال أجل محدد، إلا أن هذا الأجل لا يعتبر محددًا بقاعدة أمرة لا يجوز تجاوزها، وإنما هو ميعاد تطبيقي فقط.

الانتفاع بها بما يحيلها أعجاز نخل خاوية لا قيمة لها سواء بقتل نواتها Nucleus أو بانقاصها من أطرافها.

#### رابعاً

#### مضمون القانون وطريقة تنفيذه

ليس كافياً أن توافق القوانين التي يقرها البرلمان نصوص الدستور في الأشكال التي تفرضها، والمضامين التي تقتضيها. ذلك أن طريقة تنفيذها هي الخط الفاصل بين تصوراتها النظرية وحقائقها العملية. وتعين بالتالي أن يكون تنفيذ القانون واقعاً في إطار المفاهيم التي التزمها الأمم المتحدة في مجال ضمانها لحقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص تلك التي منحها مواثيق حقوق الإنسان، صفة دولية، كالحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية، وفي ضمان حرية التعبير.

بيد أن تنفيذ القانون يتأثر بما إذا كان مضمونه قد تحدد وفق ضوابط منطقية وازن المشرع من خلالها بين كافة البدائل التي لها صلة بموضوع القانون، واختار أقلها إرهاباً<sup>(١)</sup>، وأقر بها إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها، ولو لم يكن الدستور قد حصر حقوق المواطنين وحرياتهم في قائمة مغلقة. ذلك أن النص في الدستور على حقوق بذواتها، لا يفيد عدم استحقاق المواطنين لخبرها مما يتصل بالشئون التي تعنيهم، وترتبط آمالهم بها<sup>(٢)</sup>.

وقاعدة اختيار البديل الأقل إرهاباً، هي التي قننتها المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال تقريراتها التي تؤكد فيها ما يأتي:

أولاً: أن الحكم الشرعي -وكما كان تكليفاً- يفترض دوماً أن يكون مقدوراً للمكلفين داخلاً في وسعهم<sup>(٣)</sup>.

(١) يلاحظ أن اختيار البديل الأقل إرهاباً يندرج في إطار المفاهيم التي أنت بها الشريعة الإسلامية التي تمنع إيقاع الناس في الحرج.

(٢) يقضى التعديل التاسع للدستور الأمريكي بأن النص في الدستور على حقوق بعينها لا يجوز أن يفسر بمعنى إنكار حق الشعب في الحقوق الأخرى التي استبقاها لنفسه. أنظر في ذلك:

The federalist No. 84 (Modern Library ed. 1937) 3 story, commentators on the Constitution of the United States 1898 (1933).

(٣) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٧/٧ - قاعدة رقم ٧٩ - ص ١١٢٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانياً: لئن كان الاجتهاد حقاً لولى الأمر ينظر فيما يعرض عليه من المسائل ليقرر الحلول التى تلائمها إخماداً للثرثرة وإنهاء للتنازع والتناحر، إلا أن لى الأمر ملزم بالآ يشرع حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا نقض قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج" (١).

وإذ يفاضل المشرع بين حلول مختلفة فى شأن الموضوع محل التنظيم ليوختار أنسبها لحكم العلائق القانونية التى تواجهها، فإن هذه الحلول جميعها يتعين أن توافق الدستور.

#### خامساً

#### القيود الجائرة على حقوق المواطنين وحرياتهم

ليس الدستور -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- مجرد تنظيم إجرائى يحدد لكل سلطة نخوم ولايتها وقواعد الفصل بينها وبين غيرها من السلطات، وإنما يبلور الدستور أصلاً قيماً وحقوقاً لها مضامين موضوعية كفل حمايتها وحرص على أن يرد عنها كل عدوان حتى لا تنقذ قيمتها أو تتحدر أهميتها. ولا تنفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديمقراطية فى أشكالها الأكثر تطوراً، ولكنها تقارنها وتقيم أسسها وتكفل إنفاذ مفاهيمها (٢).

ولا يجوز فى إطار هذه المفاهيم مصادرة الحقوق أو تهيمشها أو انتقاصها من أطرافها أو الهبوط بمستوياتها إلى حدود لا تقبلها الدول الديمقراطية (٣).

فذلك كله مما لا يجوز أن يصدر عن المشرع سواء فى قانون أو فى قرار بقانون (٤).  
نلك أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا من بعدها، وإن أجازتا أن ينظم القرار

(١) القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ ق "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- لقاعدة رقم ٤٦ ص ٦٩٧-٧٩٨ من الجزء الثامن. والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق "دستورية" قاعدة رقم ١٢- جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- ص ١٦٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. أنظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ ق "دستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٧ ص ٧٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤- ص ٩٢٣ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ١٢٢ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٣ يناير سنة ١٩٩٨- قاعدة رقم ٩٤- ص ١٠٦٧ من الجزء الثامن.

(٤) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر بجلستها المعقودة فى ١٩٩١/١٢/٧ فى القضية رقم ١٥ لسنة ٨ ق "دستورية" - قاعدة رقم ٩- صفحة ٣٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، أن المراسيم بقوانين التى تصدر طبقاً لنص المادة ٤١ من دستور ١٩٧٣ لها بسريخ نصها قوة القانون. ومن ثم تتناول هذه المراسيم بالتنظيم كل ما يتناوله القانون.

بقائهم كافة المسائل التي يجوز أن يتناولها القانون؛ وكان البعض قد انتقد اتجاه هاتين المحكمتين إلى مساواة القرار بقانون بالقانون في شأن المسائل التي ينظمها -على الأخص في مجال حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية- إلا أن قوة القانون تتحقق في كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية طبقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، ما لم تمسقط هذه القوة في الأحوال المنصوص عليها في هاتين المادتين. وقوة القانون هذه هي التي تكفل مساواة القرار بقانون بالقانون بمعنى الكلمة في مجال جواز تنظيمهما للحقوق عينها. وإن تعين القول بأن تنظيم الحقوق بقانون هو الأصل فيها، وأن تناولها بقرار بقانون هو ما ينبغي التحوط فيه باعتبار أن كل قرار بقانون لا يتوافر في إصداره الفرص الحقيقية التي للقانون في مجال إقراره من حوار جاد يتم بالحيوية والتدفق، حول مضمون القانون والآثار التي يربتها.

### سادساً

#### التمييز بين قيود يفرضها الدستور

#### وبين قيود يفرضها المشرع على استعمال الحقوق

ويتعين دوماً في مجال القيود على مباشرة الحقوق، التمييز بين نوعين من القيود:

أولهما: قيود يفرضها الدستور على مباشرة بعض الحقوق، فلا يكون الدستور غير مصدر مباشر لها. وهذه لا يجوز لأحد أن يعارض الدستور فيها، وإنما يتعين قبولها بحالتها وتطبيقها على المخاطبين بها، أيا كان قدر معقوليتها أو أثرها على الحقوق محلها<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: قيود يكون المشرع مصدرها المباشر. وتتعدد صور هذه القيود لتراقبها المحكمة الدستورية العليا جميعها فصلاً في اتفاقها أو مخالفتها للدستور. وشرط جوازها ألا تخل بالدائرة المنطقية التي يعمل فيها كل حق. فالحق في الدفاع لا يجوز أن يعاق بما يفقده محتواه أو يجرده من قيمته العملية. وكذلك الشأن في الحقوق جميعها، كالحق في العمل أو في

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤١ - ص ٦٥٢ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. (وبلاحظ أن من بين القيود التي يفرضها الدستور مباشرة تلك التي تتعلق بحقوق الانتخاب والترشيح ذلك أن المادة ٨٧ من الدستور، تستوجب أن يكون نصف عدد أعضاء مجلس الشعب - على الأقل - من العمال والفلاحين. كذلك تنص المادة ٢٦ من الدستور عن أن يكون لـصغار الفلاحين وصغار الحرفيين، ٨٠% على الأقل من مقاعد مجالس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية أو الجمعية التعاونية الصناعية).

ضمان حرمة خواص الحياة والحق في الملكية. ذلك أن الحقوق جميعها لا يجوز تنظيمها على نحو يخل بموازنها، أو بما يضر أصلها، أو يحلها هباءً منثوراً.

#### سابعاً

#### ضابط عام في شأن دستورية القيود التي يفرضها المشرع

ولا شأن للرقابة على الدستورية بما إذا كان إقرار القانون في وقت دون آخر ملائماً أو غير ملائم، ولا بالسياسة التي ينتهجها المشرع في مجال تنظيمه لبعض الحقوق، ولو تواتر على تطبيقها، ما لم يبلور بها -رِصوغ على صيغتها- مفاهيم يناهضها الدستور<sup>(١)</sup>

ولا شأن لهذه الرقابة كذلك بالتعارض بين نصي قانونين يتحدان أو يختلفان في مرتبتيهما، إذا لم تكن نصوص الدستور طرفاً في هذا التعارض. ذلك أن مخالفة لأحكام لقانون، أو مخالفة قانون لقانون، يصم للمخالفة بعيب عدم المشروعية. وهو عيب لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فيه.

ذلك أن ولايتها في المسائل الدستورية خيرة بطبيعتها، وتحملها على عدم الخوض في هذه المسائل كلما كان تجنبها ممكناً. فإذا وجد أساسان لإلغاء وإبطال نص قانوني، وكان أحدهما يستند إلى مخالفة نص قانوني لقانون قائم، وثانيهما إلى مخالفة هذا النص القانوني للدستور، فإن النعي على هذا النص بخروجه على القانون، يتقدم المخالفة الدستورية. ولا تتوافر للطاعن بالتالي مصلحة في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرر مخالفة هذا النص للدستور.

#### ثامناً

#### دائرة التأثير المتبادل بين الحقوق

لا تتفصل الحقوق التي ينص الدستور عليها أو التي يكتفلها المشرع عن بعضها البعض. ذلك أن الحقوق جميعها -وكأصل عام- تتواصل فيما بينها ليؤثر كل منها في الآخر. ومنها ما يعتبر مكملاً لغيره من الحقوق. فحرمة المنازل يقويها أنها فرع من الحق من ضمان خواص الحياة. وإرادة الاختيار التي تستلهمها فيما ندخل فيه من العقود، ييسطها أنها فرع من الحرية.

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق دستورية - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٨٨ - من ١٢١٢ - ١٢١٣ من

الشخصية. والحصانة التي يفرضها الدستور على أعمال بذواتها، بتعين النظر إليها من خلال أثرها على حقوق الملكية التي تجردها هذه الحصانة من مشتملاتها<sup>(١)</sup>.

وحرية التنظيم النقابي ينشطها أنها فرع من حرية الاجتماع. وحق الإنسان في تكوين أسرة مؤداه أن يختار من يدخل فيها، ليكون أبناؤه مشمولين برعايتها، وبالحقوق التي كفلها الدستور لها.

وهذه الصلة بين الحقوق بعضها البعض، يدخلها في منظومة متكاملة لا يجوز أن ينقض المشرع بصره عن بعض أجزائها. وإنما تتساند هذه الحقوق إلى بعضها، وتتبادل التأثير فيما بينها بما يحيط بالصورة الإجمالية لها، وبالمفاهيم الكلية التي تشملها، وبالعريض من خطوطها الرئيسية. بل إن إمعان النظر في هذه الحقوق - على ضوء الصلة التي تربطها ببعضها - يدل على أنها تتوافق ولا تتنافر فيما بينها، وأن منها ما يعتبر ضماناً إضافياً لغيره، أو مبلوراً معناه بصورة أفضل، أو كافلاً لتطويره.

كذلك فإن الصلة بين الحقوق وبعضها، لازماً أن يدخلها المشرع في اعتباره فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية لتنظيمها. فإن لم يأخذها في حسبانها، آل ذلك إلى تخبط النصوص القانونية في حركتها نحو تحقيق الأغراض التي تستهدفها، فلا تتناغم أجزاؤها، وإنما ينفطرط اتساقها ويختل نسجها العام.

فحق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يتقون فيه من بينهم. وهما بذلك حقان مرتبطان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ولا يجوز بالتالي أن تفرض على أيهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها، أو بما يكون كافلاً لإنصافها وتدفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها.

فالنظم الانتخابية جميعها، تفترض تكافؤ فرص التمثيل فيها، وتوازن عرض المرشحين في الحملة الانتخابية لأرائهم في نطاقها، وإعلان كل منهم من الأموال التي ينفقونها فيها ومصادرهما، بما يكفل ضبط العملية الانتخابية لضمان حيديتها، فلا يصادر المشرع آراء فيها

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "ستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٢ - ص ٩٠٦ ومابعدا من الجزء الثامن.

بالنظر إلى مضمونها، ليعوق اتصال الناخبين بها، وعلى الأخص من خلال تحديده مكان الحملة الانتخابية أو زمنها<sup>(١)</sup>.

كذلك فلين حق النقابة في أن تحدد بنفسها وسائل تحقيقها لأغراضها، لا ينفصل عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينبسط على نشاطها ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها، بغض النظر عن آرائهم ومعتقداتهم أو توجهاتهم.

فلا يجوز بوجه خاص إرهابها بقيود تعطل مباشرتها لوظائفها، ولا أن يكون تمتعها بالشخصية الاعتبارية معلقاً على قبولها الحد من ممارستها، ولا تأسيسها موقوفاً على إذن من الجهة الإدارية، ولا أن تحل هذه الجهة نفسها محل المنظمة النقابية فيما نراه أكمل لأنامين مصالح أعضائها والنضال من أجلها.

#### تاسعا

##### تعدد وسائل الإخلال بحقوق المواطنين وحرياتهم، يبطئها جميعها

من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن النصوص القانونية هي المنخل لتحقيق الأغراض التي يتوخاها المشرع من تنظيمه للحقوق جميعها. وشرط ذلك أن تكون هذه النصوص مؤدية عقلاً لتحقيق الأغراض التي ربطها المشرع بها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بتلك الأغراض مفتعلاً قائماً على التوهم وإنما يكون اتصالها بها حقيقياً ومنطقياً في آن واحد. ويفترض ذلك في المشرع إدراكه لمضمون كل حق، ولحقيقة الأغراض التي ينبغي أن يستهدفها أو التي حددها الدستور ورسمها.

فحرية التعبير هي الطريق لبناء نظم ديمقراطية تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار، تتسم بتسامحها مع خصومها، وبمسئوليتها قبل مواطنيها، وبرفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها، وإستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير، وطرحها من خلال الحوار لبدائل يفاضلون بينها لاختيار أصلحها.

ومن ثم يتحدد مضمون حرية التعبير من منطلق أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاشها، ولا مصادرة أدواتها، ولا فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها أو يحيطون ذبوعها بمخاطر منتحلة

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق «دستورية» - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ١١٧١ - ١١٧١

يدعونها، وبوجه خاص لا يجوز اقتلاع حرية التعبير بالنظر إلى مضمون الآراء التي تروجها<sup>(١)</sup>.

ويناقض حرية التعبير بالتالي، أن ينظمها المشرع بما يجعل الناطقين بالكلمة، يتخوفون من مغبتها عليهم. وفي ذلك خروج على المضمون الحق لحرية التعبير التي تكفل تدفق الآراء وإسمائها بغض النظر عن مصدرها أو محتواها، ودون ما اعتداد بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، مؤداة حظر حجبها أو تشويهاها أو تزييفها<sup>(٢)</sup>.

### عاشراً

#### صور من القيود غير المبررة على مباشرة الحق أو الحرية

الأصل في حقوق المواطنين وحررياتهم التي لم يمنعها المشرع، أنها تدخل في دائرة المباح. فإذا نظمها المشرع بقانون، تعين أن تكون القيود عليها في أضيق نطاق ومن طبيعة القيود التي يجوز القبول بها في الدول الديمقراطية مجتمعاتها.

وكما كان الغرض من هذه القيود إزهاق مخاطر يخل بها النظام العام، تعين حصرها في نطاق الضرورة التي تقتضيها، وأن يكون أثرها فعالاً في تقويض أو تقليص هذه المخاطر كافلاً تناسبها معها Nécessaire, efficace et proportionnée à l'importance du désordre وهو ما يقتضى النظر في أمرين:

أولهما: عمق الدائرة التي تتناولها هذه المخاطر بأثارها.

ثانيهما: ما إذا توافر بديل عن هذه القيود، يكون أقل حدة منها، وأدنى لتحقيق أهدافها.

فإذا تجاوزت تلك القيود بمداها حقيقة المخاطر التي تواجهها، أو لم يكن لها بها من شأن، تعين إبطالها.

وتكون القيود على حقوق المواطنين وحررياتهم منافية لطبيعتها ولملتطلباتها في فروض كثيرة يندرج تحتها:

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق دستورية ص ١١٦٨ و ١١٧٠ من الحكم السابق.

(٢) ص ١١٧٠ من الحكم السابق.



أولاً: أن تمارس الإدارة سلطتها البوليسية لتعلق انتفاع المواطنين ببعض حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور أو القانون، على شرط إخطارها سلفاً بعزمهم على مباشرتها<sup>(١)</sup>. وهو ما لا يجوز. ذلك أن شرط الإخطار ليس من الفرائض التي علق الدستور عليها هذه المباشرة. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا في مجال بيانها لحدود حرية التعبير، وذلك بقولها بأن هذه الحرية لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة عليها، أو من جهة العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن تعلق الإدارة مباشرة بعض حقوق المواطنين على تراخيص سابقة L'autorisation préalable تصدرها وفق مطلق تقديرها لتمنحها أو تمنعها بإرادتها بما يناقض حقيقة أن فرائض هذه الحقوق أو متطلباتها لا شأن لها بمثل هذه التراخيص التي تعوق مباشرتها.

ولئن جاز القول بأن الحصول على هذه التراخيص قد يكون ضروريا كشرط لمباشرة بعض المهن، ولضمان حق المواطنين في صحتهم أو سكينتهم، إلا أن شروط هذه التراخيص التي لا نزاع في أهميتها وضرورتها في هذه الأحوال، حدها قواعد الدستور<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: أن تكون القيود التي فرضتها الإدارة على حقوق المواطنين أو حرياتهم التي تنظمها، تزيد وطأتها على تلك المقررة بالقوانين الصادرة في شأنها. ذلك أن القيود الأكثر التي

(١) كأن تجعل عقد اجتماع معين، متوقفا على إخطارها سلفاً بالاتجاه إلى عقده، حتى إذا حضره المجتمعون تعيبتهم في أرواحهم أو هتفتهم في حريتهم، أو بلشرت ضدهم بتدابير قمعية لحصلهم على فض الاجتماع. كذلك يناقض شرط الإخطار المسبق، المضمون للمصحح للحق أو الحرية. إذ لا يدخل هذا الإخطار في مكوناتهم، ولا هو من متطلبات إنفاذهما. ويتعين بالتالي أن يعمل كشرط مضاف يعطل أوبقيد الحق أو الحرية، ويؤثر بالضرورة على تحقيقهما لأهدافهما.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٥ إبريل ١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٤٦ - ص ٦٤٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) يرفض المجلس الدستوري الفرنسي تعليق مباشرة الصحافة المكتوبة لحرية تداول الآراء والأفكار على ترخيص مسبق L'autorisation préalable ولكنه يجيز ذلك بالنسبة إلى وسائل الإعلام المرئية كالتلفزيون. C. C. 86-217 DC, 18 sep. 1986, R.p 141. ولا كذلك منع الإعلان عن الطباخ أو المواد الكحولية بقصد ترويجها ذلك أن هذا المنع وإن كان يخل بفرض تسويقها ويضر بحقوق الملكية وبحرية المشرع الخاص، إلا أن ذلك المنع يستهدف الحفاظ على صحة المواطن.

C. C. 90 - 283 DC, 8 Janv. 1991, R.p.11.

تقرضها السلطة التنفيذية، تبلور تحرقها فى استعمال سلطتها وترحق المخاطبين بها دون مقتضى.

رابعاً: أن تغل الإدارة بالمجال المحجوز للقانون بنص الدستور من خلال لوائحها التى تصدرها بإرادتها المفردة، والتى لا تتوافر لها الإجراءات المطولة والبطيئة *Lente et longue* التى تستغرقها عملية صناعة القانون. ذلك أن البرلمانين يوجهون اهتمامهم إلى كل مادة يحتويها مشروع القانون المعروض عليهم، وينظرون فى مثالبها ومزاياها، وما هو قائم من توافق أو تعارض بين مواد مشروع القانون. والبرلمانين يوجهون ذلك كله من خلال آراء يطرحونها علانية وقد تتناقض فيما بينها - *Une débat public et contadictoire* على ضوء فهمهم لإبعاده، ولحقيقة المصالح التى تستهدفها، ليخرج القانون بعد إقراره وإصداره - فى الصورة التى أرادوها. فلا يكون إلا تعبيراً غير مباشر عن إرادة هيئة الناخبين التى يفترض ألا تتسم بالاندفاع أو الإهمال. وتكفل قواعد القانون المجردة، مساواة المخاطبين بها فى مجال تطبيقها. كذلك فإن تعمق البرلمانين مواد مشروع القانون قبل إقراره، يزيده ثراء، ليكون القانون والقضاء المحابذون كفلاء لحقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

والقانون فى كثير من النظم من عمل برلمان مؤلف من مجلسين، فلا يكون ثانيهما - هو الأعلى بحكم تشكيله - غير ضمان لمزيد من البحث، ولرؤية أعمق وأشمل<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن تصدر السلطة التنفيذية تشريعاً وقائياً يخولها إتخاذ تدابير مانعة *L'interdiction* تصدرها فى نطاق سلطاتها البوليسية، كحظرها لتظاهرة فى الطريق العام تغل فى نظرها بالأمن. وخطورة هذا الإجراء أن مجرد الطعن قضائياً فى أوامرها المانعة، لا يوقف تنفيذها، وأن الحصول على التعويض عن أضرارها، كثيراً ما يكون متراجهاً<sup>(٣)</sup>.

#### حادى عشر

#### أهمية القانون لحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية

يقيد القانون حقوق المواطنين وحرياتهم، ويؤثر بالتالى فى كيفية مباشرتهم لها، وفى نطاق تدخل السلطة التنفيذية فى مجالها سواء من خلال التدابير الفردية التى تتخذها فى حالة بذاتها أو عن طريق لوائحها التى تتسم بعموم تطبيقها.

(١) C. C. no. 84- 181, DC, 10-11 Oct. 1984.

(٢) Charles Debbasch- Jean Marie Pontier- Jean Claude Ricci- Jacques Bourdon, Droit constitutionnel et Institution politiques 3 e edition augmentée et corrigée, Economica, p. 545.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 5e édition, pp. 105-112.

كذلك فإن حقوق المواطنين وحرياتهم يتحدد نطاقها على ضوء عمق القيود التي يفرضها المشرع عليها، وما إذا كان البرلمان يأخذ شكل ولجة للسلطة التنفيذية يجيبها إلى نزواتها، ويفوضها في الخطير من الثنئون التي يتولاها، ويعهد إليها - فيما يقره من القوانين - بتفصيل مبادئها الكلية والعريض من خطوطها الرئيسية، فلا تكون السلطة التنفيذية التي انساق البرلمان إليها وأطاعها فيما تريد، وتخلي لها عن بعض مظاهر الولاية التشريعية، تابعة للبرلمان Un pouvoir subalterne تعمل في إطار النظم القانونية التي يقرها، ولكنها تصنعها بيد البرلمان تابعها وحليفها. وفي ذلك خروج على مفاهيم الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

### ثاني عشر

#### التنظيم الأولي لحقوق المواطنين وحرياتهم

قد يتعلق الأمر بحقوق المواطنين تعتبر من قبيل الحقوق الطبيعية، فلا يكون تنظيمها بقانون إلا تقريراً لحقيقة قانونية هي أنها أولى من غيرها بالحماية. لأنها جزء من تكوين الإنسان خلق ليعيش في رحابها، فلا ينفصل وجوده عنها.

وقد انتقد كثيرون مفاهيم الحقوق الطبيعية بالنظر إلى غموضها وتميعها واستعصائها بالتالي على التحديد الحازم لضبطها؛ إلا أن تقرير هذه الحقوق - التي تندرج الحرية الشخصية تحتها وكذلك الحق في الحياة، والحق في التنقل وإرادة الاختيار للدخول في العقود الملائمة أو الضرورية - مرده إلى الفطرة وإلى البداهة العقلية. فالناس جميعهم - وعلى تباين ملكاتهم وخصائص تكوينهم النفسي والعقلي - كانوا يتمتعون أصلاً بها قبل انخراطهم في تنظيم اجتماعي ما قبلوا الدخول فيه إلا بقصد ضمان هذه الحقوق بصورة أفضل من خلال تبادل الانتفاع بها، ولتأمين المصالح التي التي تضمهم إلى بعض في مجال مباشرتها.

### ثالث عشر

#### نطاق الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم

لا تنحصر حقوق المواطنين وحرياتهم في تلك التي نص عليها الدستور أو التي كفلها المشرع، ولكنها تشمل مجموع حقوقهم وحرياتهم المقررة دستورياً وتشريعياً، وكذلك كل ما يندرج ضمناً تحتها ويعتبر من مشمولاتها. بل إن التطور الراهن لحقوق المواطنين وحرياتهم

(١) Jean Rivero, "Pour un executive qui execute", la Croix, 16 mai 1973; Jacques Robert, "La dialogue démocratique", la Croix, 16 April 1975.

الأساسية يتأبى على حصرها في قائمة مغلقة، ويجعل هذه القائمة مفتوحة لكل جديد يكملها ويطورها.

والى هذه القائمة المفتوحة والمتجددة مفرداتها، تمد المحكمة الدستورية العليا بصورها لتحيط بها في كل تطبيقاتها. لا فارق في ذلك بين نصوص قانونية صاغها المشرع وفقاً لمعيار مرن لضمان استيعابها لأوضاع تتغير ظروفها وملابساتها، وبين نصوص قانونية أقرها المشرع في قوالب جامدة لتوحيد الحكم القانوني في شأن الصور المختلفة لتطبيقها<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ فصلائية دستورية، - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ ص ١٧٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من صور القواعد الجامدة التي يلجأ إليها المشرع لتنظيم الحقوق، حدود الثمن في بيع عقار القاصر وجزاء العدول عن العربون وفوائد التأخير. وتقوم معايير الإكراه والاستغلال المنصوص عليها في القانون المدني وكذلك ما يعتبر غلطاً جوهرياً أو تكليماً، أو باعاً دافعاً إلى التمسك، على ضوابط مرنة تختلف تطبيقاتها من حالة إلى أخرى.

### الفصل الثالث

#### السلطة التشريعية بين التكدير والتقييد

##### المبحث الأول

##### الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم

##### المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية

٩٠٦- تتولى السلطة التشريعية إقرار كافة القوانين الملائمة والضرورية لتنظيم أوضاع مجتمعها، غير مقيدة في ذلك لا بطبيعة المسائل التي تتناولها هذه القوانين، ولا بنوع المصالح التي تؤثر في تشكيل أحكامها، ولا بحقيقة الأغراض التي تتوخى تحقيقها من وراء إقرارها.

وحسبها أن تترسم في ذلك كله حدود الدستور، لا استثناء من هذه القاعدة، إلا أن يكون الدستور قد عهد إلى السلطة التنفيذية بأن تنظم مسائل بذواتها تدخل أصلاً في الولاية التشريعية، ليكون اختصاصها بتنظيمها أصيلاً، وموازيًا لاختصاص البرلمان فيما تقرر هذه القوانين.

ذلك أن السلطة التنفيذية تباشر في هذا الفرض ولاية تشريعية بناء على نص في الدستور احتجز مسائل بذواتها لها وقصرها عليها لتشريع فيها ملتما يشرع البرلمان في المسائل التي أفرد الدستور بها.

وهو ما نراه في فرنسا التي وزع دستورها لعام ١٩٥٨ الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية. فاختص البرلمان بالمسائل التي حصرها في المادة ٣٤ من الدستور، وجعل ماعداها -على ما تقضي به المادة ٣٧ من هذا الدستور- من طبيعة لائحة لتتفرد السلطة التنفيذية بها، فلا يزاحمها البرلمان فيها.

وهذا الاختصاص الموزع في نطاق الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، يؤكد المادتان ٣٤، ٣٧ من ذلك الدستور، ونصهما الآتي:

##### مادة ٣٤

يقترع البرلمان على القوانين.

يحدد القانون القواعد المتعلقة بـ:

- الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك الضمانات الأساسية لمباشرة حرياتهم العامة؛ وفرائض الدفاع الوطني التي يتحمل المواطنون بها في أشخاصهم وأموالهم.
- الجنسية والحالة وأهلية الأشخاص والنظم المالية للزوجين والمواريث والهباء.

- تحديد الجنايات والجنح وكذلك عقوباتها، والإجراءات الجنائية، والعفو العام، وإحداث نظم قضائية جديدة والنظم التي تحكم القضاة.

وعاء الضريبة ومحلها وشروط رد كافة الفرائض أيا كانت طبيعتها، ونظام إصدار العملة.

#### ويحدد القانون أيضا:

- قواعد النظام الانتخابي لمجلسي البرلمان والهيئات التشريعية المحلية.

- القواعد المتعلقة بالتأميم وتحويل ملكية المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ وقواعد إنشاء أنواع من المؤسسات العامة؛ وكذلك القواعد المتعلقة بضمانات الموظفين المدنيين والعسكريين.

ويحدد القانون أيضا المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطني؛ ولإدارة الحرة لوحدة الحكم المحلي واختصاصاتها ومواردها؛ وللتعليم؛ ولنظام الملكية وللحقوق العينية؛ وكذلك لكل التزام -ممنيا كان أم تجارياً- وللحق في العمل؛ وللحق في التأمين الاجتماعي؛ وللحق النقابي؛ وللقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة ونفقاتها وفق الشروط وتحت التحفظات التي يبينها قانون عضوي. كذلك يحدد القانون المبادئ المتعلقة ببرامج الدولة الاجتماعية والاقتصادية.

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ على أن أحكام هذه المادة يجوز تحديدها وتكملتها بقوانين عضوية.

#### مادة ٣٧ ونصها الآتي:

فقرة أولى: تعتبر من طبيعة لائحية، كافة المسائل التي لا تدخل في النطاق المحجوز للقانون ونبين من نص المادة ٣٤ .

فقرة ثانية: النصوص القانونية ذات الشكل التشريعي التي تتدخل في المجال اللائحي، يجوز تعديلها بمراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة. فإذا كان التدخل بهذه النصوص في المجال اللائحي ولما بعد دخول هذا الدستور في مرحلة التنفيذ، فلا يجوز تعديلها بمرسوم ما لم يقرر المجلس الدستوري أنها من طبيعة لائحية وفقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة.

#### ويبين من نص المادة ٣٤:

لأولاً: أن اقتراح البرلمان على القانون، مؤداه أن السلطة التشريعية معقودة لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اللذين يكونان البرلمان معاً. وليس لرئيس الجمهورية بالتالي دور في عملية الاقتراح على القانون.

ثانياً: أن المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور الفرنسي تنظمان عملية تقسيم الاختصاص فيما بين السلطة التشريعية التي تقرع على القانون، والحكومة التي تبشر سلطتها اللاحقة من خلال مراسيم تصدرها. وعلى ضوء عملية التقسيم هذه لا يبشر البرلمان ولاية تشريعية في غير المسائل التي أفرد الدستور بها، ليدخل ماعداها في نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بوصفها مسائل من طبيعة لاحقة.

وهو ما يعني أن ينحصر اختصاص البرلمان في مسائل بذواتها، أحصاها الدستور Limitativement énumérées ليتولاها البرلمان دون غيره وأن اختصاص السلطة التنفيذية بما عداها، مؤده أن تنتم ولايتها في مجال تقرير القواعد القانونية بالعموم compétence du droit commun. وليس للبرلمان الفرنسي بالتالي أن يشرع كالبرلمان البريطاني في كل شيء إلا أن يحول الرجل إلى امرأة.

كذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧ المشار إليها، على أن كل النصوص القانونية ذات الطبيعة التشريعية الصادرة قبل الدستور، والتي صار الاختصاص بها داخلاً في ولاية السلطة التنفيذية عملاً بالفقرة الأولى من هذه المادة، يجوز تعديلها بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

إذاً أقر البرلمان بعد العمل بهذا الدستور نصوصاً قانونية تدخل في المجال اللاحق وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٧ المشار إليها، فلا يجوز تعديلها بمرسوم، إلا إذا قضى المجلس الدستوري للفرنسي بأن لهذه النصوص، طبيعة لاحقة.

### المطلب الأول

#### نطاق اختصاص السلطة التنفيذية

٩٠٧- وسواء تطلق الأمر باختصاص السلطة التنفيذية في مجال إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، أو اللوائح القائمة بذاتها -والتي تستقل في وجودها عن قانون قائم تصدر تنفيذاً لأحكامه- كوائح الضبط، واللوائح المتعلقة بتنظيم المرافق العامة؛ وسواء كان اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع مما يدخل في نطاق وظائفها الطبيعية، أو يخرج عن المجال الطبيعي لولايتها؛ فإن للرقابة القضائية تنبسط على كافة القواعد القانونية التي تصدرها، وذلك في الدول التي تفرض هذه الرقابة على النصوص القانونية جميعها، لئلا كان موقعها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها.

ولئن كان الأصل هو جواز الطعن أمام محاكم مجلس الدولة في القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة كلما شابها عوار يتصل بانحرافها في استعمال سلطتها، إلا أن النصوص اللاتحكية جميعها يجوز إبطالها لمخالفتها الدستور بعد عرض هذه المخالفة على الجهة القضائية التي تتولى الرقابة على الدستورية، وتيقنها من صحتها.

وسواء تعلق الأمر بالشطط في استعمال السلطة، أو بمخالفة القواعد القانونية اللاتحكية للدستور، فإن الجزاء في الحالتين هو إلغاء القرارات الفردية التي جاوزت بها الإدارة حدود سلطتها، أو إبطال القواعد القانونية التي خرجت بها على حدود الدستور.

### المطلب الثاني

#### نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان

٩٠٨- غير أن الصعوبة الأكبر هي في نطاق سلطة التقدير التي يتمتع البرلمان بها فيما يقره من القوانين. ذلك أن التقدير ليس تشهيا أو إملاء. وإنما التقدير نفويض كل تحكم ولو لم يخلط بالأهواء- بل كان قرين النزق والانتفاع.

وبفترض لجواز التقدير دستوريا أن يفاضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتغيا تحقيقها. فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها ليختار أظها تقييدا للحقوق التي ينظمها، وأعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التي تعطيها فاعليتها.

ومن ثم لا يكون مناط التقدير انحرافا أو التواء، وإنما هو إعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تتنازع جميعها الموضوع محل التنظيم، ليعطيها المشرع حقا من التقييم الموضوعي المجرد من مظاهر الافتعال والتعمل. فلا تنفصل الحلول التي ينتقيها عن واقعها وكأنها تخلق في الفراغ.

٩٠٩- ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية في نطاق السلطة التقديرية للمشرع على النحو المتقدم، هو إحلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صوابا. ذلك أن جهة الرقابة هذه، لا تقدم للمشرع بديلا تراه هي أكثر ملاءمة أو أجدر قبولا. وإنما تحرص هذه الجهة على تحقيق أمرين:



أولهما: تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه. ثانيهما: النظر في الوسائل التي اختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقا للدستور، ما لم تتوافر علاقة مفهومة تربط النصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حددها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها -أيما كان قدر اتصالها بأهدافها- ذلك أن فرائض الدستور لازمة أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة، لا تقديرية.

٩١٠- وحدود السلطة التقديرية التي يعمل المشرع في نطاقها على النحو المتقدم، هي التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، وعلى امتداد سنين طويلة من عمرها، لتلغظها بعد ذلك في أواخر ٢٠٠٢. ذلك أن هذه المحكمة تقرر في حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" الصادرة عنها بجلستها المعقودة في ٢٠٠١/١٢/٩<sup>(١)</sup>. إن الدائرة التي يباشر المشرع في نطاقها سلطته التقديرية، هي الواقعة بين حدين، يتعلق أحدهما بما يعتبر واجبا، وثانيهما بما يكون نهيا.

ولعل ما تقصد إليه المحكمة من ذلك، هو أن الدستور قد يأمر المشرع بعمل معين أو ينهاء عن عمل، فلا تكون أوامر الدستور، ونواهي، إلا قيودا على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق. فإذا ألزم المشرع ما أمره الدستور به أو ما نهاه عنه، فإن سلطته التقديرية تكون مطلقة.

٩١١- وقضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك محل نظر من ناحيتين:

أولاهما: إن السلطة المخاطبة بأوامر الدستور ونواهي، تتخذ بتفويضها في كل الأحوال شأن أوامره التي كلفها بالخضوع لها، شأن نواهي التي عنيها ألا تقربها. ومن ثم يكون واجبا

(١) لم ينشر بعد هذا الحكم: ونص عبارات الحكم هي: <إن الدائرة التي يجيز فيها الدستور للمشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجهة مقتضيات الواقع، هي الدائرة التي تقع بين حدى الوجوب والنهي الدستوريين. ومن ثم يكون الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتمثلة التي تنظم موضوعا وحدا، تعبيرا عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، ولا يعد ذلك إخلالا بمبدأ المساواة الذي يستقي أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التي يطبق خلالها النص القانوني الخاضع لضوابط المبدأ. فإذا تباينت النصوص التشريعية في مجالها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق في مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يمس ذاته إخلالا بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سد حلق دون التطور التشريعي>.

منصرفاً إليهما معاً. ذلك أن أوامر الدستور حمل لها على أداء عمل معين، ونواهيها حمل لها على اجتنابه، ليُكون الأمر والنهي واجبين على السلطة التشريعية.

ثانيتها: أن القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية صوراً متعددة.

\* فقد يحيل الدستور إلى القانون في تنظيم حق معين، كحق الهجرة الدائمة أو الموقوتة. وقد يجعل أداء الضريبة واجبا وفقا للقانون، أو يقر تنظيم الحق في الاجتماع على الوجه المنصوص عليه في القانون. أو يجعل التجنيد إجباريا وفقا للقانون، أو يحيل إلى القانون لتحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية بغير أمر من الجهة القضائية.

ففي هذه الصور جميعها لا يجوز بغير قانون، تنظيم الموضوع الذي تتعلق به هذه النصوص، وإن ظل مضمون التنظيم وحقيقة الأغراض التي يتوخاها، خاضعا للرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يدخل بالتالي في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

• ذلك أن دائرة تنظيم المشرع للحقوق بوجه عام، هي الدائرة الأكثر انصالا بحقوقهم وحررياتهم العامة التي كفلها الدستور. وهي كذلك الدائرة التي يبسط عليها التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية. أكثر أشكال هذه الرقابة صرامة وبأسا، خاصة بعد أن لم تعد دائرة حقوقهم وحررياتهم هذه، منحصرة في تلك التي نص عليها الدستور وفصلها، وإنما تعدتها إلى حقوق جديدة لا نص عليها في الدستور.

ومن ذلك ما تقرر في التنظيم المقارن من اعتبار الحق في تسيير المرافق العامة، والحق في التنمية، والحق في التعاقد، والحق في إنهاء الحياة، والحق في الإجهاض، والحق في النفاذ إلى القضاء بمرجائه المختلفة، من قبيل الحقوق التي يتعين ضمانها، ولو لم يرد بها نص في الدستور. فلا تكون حقوقا منحصرة في دائرة مغلقة لا تقبل الإضافة إليها أو التعديل فيها، بل هي دائرة مفتوحة تقبل مزيدا من الحقوق الجديدة التي لها قيمة دستورية.

فالعمال الذين يضربون عن العمل، يعتبر حقهم في ذلك ذا قيمة دستورية، ولو كان هذا الحق مسكوتا عنه في الدستور. وينظر إلى النفاذ إلى القضاء باعتباره حقا ذا قيمة دستورية إذا لم ينص الدستور على هذا الحق.

وتتبلور هذه المفاهيم الجديدة لحقوق المواطنين وحررياتهم نمطا جديداً من الحماية الدستورية للحقوق لا ينغلق على صورها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يتعداه إلى

حقوق جديدة تتداح دائرتها يوما بعد يوم لتظهر في قائمة حقوق المواطنين وحرياتهم، حقوق مبتدأة كان مجرد تصورها بعيدا عن الأذهان<sup>(١)</sup>.

\* وقد يعطى الدستور أوامر مباشرة للمشرع في موضوع حدده، فلا يكلفه فقط بإصدار قانون لتنظيم هذا الموضوع، وإنما ينهاء عن عمل معين، كان يحظر مصادرة وسائل الاتصال، أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسببا ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون. [مادة ٤٥ من الدستور].

وقد يكفل الدستور حرية الصحافة ويحظر إنذارها أو وقفها أو إلغائها إداريا [مادة ٤٨ من الدستور].

وقد يحظر إيذاء كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تُقيد حريته على وجه آخر، سواء كان هذا الإيذاء بدنيا أو معنويا [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز الدستور -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الشخص أو تقييد حريته من خلال التفتيش أو الحبس أو غيرهما أو حرمانه من الحق في التنقل، إلا بأمر يتطلبه التحقيق وصيانة الأمن العام، على أن يصدر هذا الأمر من قاض أو من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز كذلك إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر.

(١) لم يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي عدم رجعية القرارات الإدارية، ولا حرية التجارة والصناعة، ولا المساواة في المعاملة على صعيد العلاقات الاقتصادية، ولا شرط المواجهة في الإجراءات الإدارية *Lo procedure contradictoire en matière administrative*، ولا حتى وجود طعن بإساءة استعمال السلطة، من المبادئ العامة للقانون ذات الصلة الدستورية. انظر في ذلك ص ٧٨٩ من الطبعة الثانية لمؤلف عنوانه دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة -تطبيقات وتعليقات تحت إشراف كل من الفقهاء Gerald Conac; François Luchaire وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي حق النفاذ إلى القضاء من الحقوق ذات القيمة الدستورية C.C.23 mai 1979, p.27; 22 juillet 1988, p.46. ويلاحظ أن تعدد درجات التقاضي كان من المسائل المختلف عليها بين مجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري الفرنسي، فبينما يعتبره مجلس الدولة من المبادئ العامة في القانون الواجب تطبيقها [C.E., 4 fev. 1944] فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يراه كذلك [C.C. 19 nov. 1975].

كذلك يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية أن يكون سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار معين كان يجب عليها اتخاذه وفقا للقانون، بمثابة رفض لهذا القرار.

٩١٢- تلك نواه يفرضها الدستور على المشرع أو على جهة الإدارة. ويدل إيمان النظر فيها على إنها جميعها تعمل في إطار منظومة متكامل حلقاتها وتتضافر أجزاؤها. ولا يجوز بالتالي تفسيرها بعيدا عن الإطار العام الذى يشملها.

فحظر مصادرة وسائل الاتصال المختلفة أو الاطلاع عليها، فرع من حرية التعبير. ذلك أن وسائل الاتصال هذه لا يحميها الدستور لذاتها، وإنما بالنظر إلى رسالتها التعبيرية التي تحملها. ويتعين بالتالي أن تواجه الهيئة القضائية كل قانون يصادر رسالتها هذه، باعتباره قانونا مخالفا للدستور. شأن وسائل الاتصال البريدية والبرقية والهاتفية فى ذلك، شأن وسائل الإعلام التي تنصدها الصحافة باعتبارها أكثر وسائل الإعلام قوة ومضاء بالنظر إلى اتساع الدائرة التي تعمل فيها، واتصالها بالتالي بأعداد غفيرة من المواطنين الذين يتطلعون إلى الكلمة الصادقة، ولو كانت تعبيراً مناوئاً للدولة.

وتظل رسالتها التعبيرية واقعة فى إطار الحق العام المنصوص عليه من المادة ٤٧ من الدستور التي تكفل للناس جميعهم حرية التعبير عن آرائهم ونشرها بالقول أو بالكتابة أو بالصورة أو بغير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون، فلا يقيد القانون حريتهم هذه إلا لمصلحة قاهرة، كان تكون آراؤهم جزءاً من مطبوع داعر تتعدم قيمته الاجتماعية، ولا يتمحض إلا فحشا وفجورا.

كذلك، فإن صون كرامة الإنسان، هى الخلفية التاريخية والإنسانية لعدم جواز إذائه أو فرض عقوبة قاسية عليه أو إخضاعه لمعاملة تنافى آدميته بالنظر إلى شذوذا أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه.

ويتعين بالتالي أن ينظر فى مدة العقوبة أو المعاملة التي لا يجوز فرضها على إنسان، إلى معاييرها فى الضمير الحر، وإلى أن ما لا يجوز من صورها، هو تلك العقوبة أو المعاملة التي تمنع فى قسوتها أو فى خروجها عن ضوابط الاعتدال، لتحط من كرامة الإنسان وفق مستوياتها المعاصرة.

فنحن إذن فى إطار نواه لا تعمل بوصفها قائمة بذواتها، وإنما فى إطار حقوق أعم، وعلى ضوء منظومة أشمل يعتبر الدستور فيما أتى به من نواه، واقعا فى إطارها.

وعلى الهيئة القضائية أن تعاملها لا من منطلق أن للمشرع بالنسبة إليها سلطة تقديرية كاملة، وإنما من منظور المنظومة الشاملة التي تسعها، وتعتبر من تخومها.

• وتبقى بعد هذا الصورة الثالثة من القيود التي يفرضها الدستور ضمنا على المشرع. ذلك أن الدستور لا يكفل للمواطنين حقوقهم وحررياتهم التي ينص عليها، لتعمل في الفراغ، أو بما يجردها من منافعها أو يعطل استثمار مكناتها. وإنما يعطيها قيمتها العملية من خلال ضمان المجال الطبيعي لحركتها، فلا تهيم على وجهها، ولا تتهدم لتخور قواها. ومن ثم جاز تنظيمها بما لا يعطلها أو يرهقها، وعلى الأخص عن طريق تدخله في الدائرة الداخلية لهذا الحق، وهي التي يتنفس من خلالها، وينبض معها بالحياة . وبدونها يصير الحق هامدا.

ومن ثم جاز تنظيم الحق أو الحرية فيما وراء الحدود الخارجية لهذه الدائرة، وبما لا يعطل الأغراض التي توخاها الدستور من تقريرهما.

٩١٣ - ولازم ما تقدم، أن يباشر المشرع السلطة التقديرية التي يملكها في حدود قيدين:

أولهما: ألا يكون تنظيمه للحق مجافيا حقيقة محتواه، أو منصرفا إلى تحقيق أغراض لا صلة لها بالمنظور العام لرخاء المواطنين.

ثانيهما: أن تكون النصوص القانونية التي يقرها ، وسائل منطقية لتحقيق الأغراض التي حددها المشرع لها أو التي ربطها للدستور بها.

وتلك هي منطقة البدائل التي تراقبها الجهة القضائية، ذلك أن حقوق المواطنين وحررياتهم لا يجوز تنظيمها إلا بأقل القيود عليها، ولمصلحة عليا يستظل بها هذا التنظيم.

٩١٤- فهل يجوز أن يقال بعد ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع تقع فيما بين حدى الوجوب والنهي على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في آخر أحكامها. أم أن التقدير في حقيقته، هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعي، النائية عن اندفاع التحكم، والموافقة لنصوص الدستور في دلالاتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تعلق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التي يستهدفها، والمنظومة الأشمل التي يعتبر واقعا في إطارها.

### الفصل الرابع

#### الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني

٩١٥- يحكم شرط الحماية القانونية المكافئة، المراكز القانونية التي تتوحد في العناصر التي تقوم عليها، فلا تنتافر أجزاؤها، بل تتوافق بما يكفل توافقها.

وهو يكفل عين الحماية لهذه المراكز، وما يتولد عنها من حقوق، سواء كان الدستور مصدرا للمباشر، أم كان نص القانون هو أداة لإنشائها المباشرة.

فحق عمال القطاع العام في أرباح مشروعاتهم، يستند مباشرة إلى نص المادة ٢٦ من الدستور. فإذا أقر البرلمان قانونا كفل به حق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من الأرباح الصافية لمشروعاتهم، صار النص القانوني مصدرا مباشرا لهذا الحق في حالة بذاتها هي التي حددها ذلك النص وبين نطاقها ورسم مداها ورتب عليها حكمها.

ولا يتصور بالتالي في أى التزام أنشاء المشرع مباشرة بنص قانوني خاص، أن يكون هذا الالتزام مبهما، أو غير مكتمل الأركان، أو مجردا من أثره، ولا أن يكون بيد الدائن أو المدين حق تعيين مده. وذلك سواء كان الالتزام القانوني بإعطاء شئ أو بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل. إذ يتولى النص القانوني الخاص -فى هذه الصور جميعها- تحديد مضمون الالتزام القانوني، والدائرة التي يعمل فيها، والآثار التي ينتجها، ليحيط بها من بدايتها إلى نهايتها.

مثل حق عمال القطاع الخاص في الحصول على جزء من أرباح المشروع، مثل حق بعض الأقرباء في النفقة، وحق الدولة في الحصول على دين الضريبة من الممول، وكالزام الجار بالألا يهجم حائطا يستتر به جاره دون عثر قاهر.

ويتعين القول بالتالي بأنه كلما كان نص القانون مصدرا مباشرا لالتزام قانوني، فإن تعيين ماهية هذا الالتزام ونطاقه، يقتضى الرجوع إلى النص القانوني الذى أنشأه.

٩١٦- وقد أثير أمام المحكمة الدستورية العليا نزاع خطير يتعلق بحق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من أرباح مشروعاتهم وفق القوانين المنظمة لها.

وفيما يلي عرض لأبعاد هذا النزاع:

### أولاً: النصوص القانونية المتعلقة به

أ. كان البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ينص على أن تجنب ١٠% من الأرباح الصافية للشركة لتوزيعها على موظفيها وعمالها عند توزيع الأرباح على المساهمين، وذلك وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من رئيس للجمهورية.

ب. ثم صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظام استثمار المال العربي والأجنبي - المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٧ - وقضى في مادته الثانية عشرة، باستثناء الشركات المنقعة بأحكام هذا القانون من حكم البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه، على أن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على الموظفين والعمال طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العمومية.

ج. وتلا ذلك صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار، الذي قضى في الفقرة الأولى من مادته العشرين، باستثناء المشروعات التي تنشأ طبقاً لأحكام هذا القانون من حكم المادة ٤١ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ وفي فقرتها الثالثة بأن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على العاملين بها طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العامة بما لا يقل عن ١٠% من تلك الأرباح.

د. ثم صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون الاستثمار بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وذلك بأن استعاض عن نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، بنص جديد يقضى بأن يكون للعاملين نصيب في أرباح شركات الأموال التي تحددها الجمعية العامة لكل شركة بناء على اقتراح مجلس الإدارة، وذلك بما لا يقل عن ١٠% من هذه الأرباح، ولا يزيد على الأجور السنوية للعاملين بالشركة.

هـ. وأخيراً صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، ملغياً - بنص مادته الرابعة - قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، عدا الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من هذا القانون.

### ثانياً: دلالة النصوص المتقدمة

١. يبين من مقارنة القوانين أرقام ٤٣ لسنة ١٩٧٤؛ ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩؛ ٢ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ببعضها، أن القانون الأول - هو القانون الوحيد الذي لم يضع حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها، وإنما فوض مجلس إدارتها في أن يقترح مقدار الأرباح التي تؤديها الشركة لعمالها وموظفيها، على أن تتقرر الجمعية العامة للشركة في هذا الاقتراح، فإن اعتمدته، صار نافذاً في حق العاملين بها جميعهم.

٢. ولا كذلك القانونان رقمًا ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ أو ٢ لسنة ١٩٩٢، اللذان فرضا حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها مقداره ١٠% من أرباحها الصافية، على أن يتم توزيعها -ربما لا يقل عن هذا الحد الأدنى- طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة وتعتمدها للجمعية العامة.

٣. وهذا النهج هو ما اعتاده كذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، إذ أحال إلى القانون السابق عليه في شأن تحديد حد أدنى للأرباح لا يقل عن ١٠% من صافيها.

٤. وقد ظل نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ معمولاً به، إلى أن قرر المشرع إلغائها وإبدالها بحكم يناقضها في كافة القوانين اللاحقة المنظمة لاستثمار رأس المال العربي والأجنبي، وهي القوانين أرقام ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ و ٢ لسنة ١٩٩٢ و ٨ لسنة ١٩٩٧ المشار إليها، والتي كفل المشرع من خلالها حق العمال في حصة من أرباح المشروع لا تقل عن ١٠% من صافيها، وهي الحصة التي تنصل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ كلية من ضمانتها للعمال من خلال نص المادة ١٢ من هذا القانون التي تفوض مجلس إدارة الشركة في اقتراح مقدار الأرباح التي توزع على عمالها وتخول الجمعية العامة للشركة حق اعتماد قرار مجلس إدارتها في ذلك.

### ثالثاً: مخالفة نص المادة ١٢ من القانون

#### رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ للدستور

ولا شبهة في مخالفة نص المادة ١٢، المشار إليها للدستور. وذلك من الأوجه الآتية:



أولاً: أن نص هذه المادة لنشأ للعمال حقاً في أرباح المشروع الخاص، وهو بذلك مصدر مباشر لهذا الحق. وإذا كان مقدار الأرباح التي يجوز توزيعها عليهم، يتمثل في مبلغ من النقود تؤديه الشركة إلى العاملين فيها بوصفه ديناً في ذمتها، فقد صار الشيء الذي تلتزم به - وهو محل الالتزام - واقفاً في إطار علاقة مديونية تربطها بذمتها. وهم العاملون لديها.

ولا يجوز بالتالي في أية رابطة مديونية يكون نص القانون مصدراً مباشراً، أن يتولى تعيين كافة أركانها - بما في ذلك محطها - غير نص القانون. فإذا علق المشرع تحديد محل الالتزام على محض إرادة المدين، حلت إرادة المدين محل إرادة المشرع الذي يختص دون غيره ببيان أركان الالتزام القانوني. ذلك أن فرض الالتزام وتحويل المدين حق تحديد مقداره أمران متناقضان.

يؤيد ذلك أولاً: أن تحديد حق العمال في الأرباح لا يتأتى لا بإرادتهم ولا بإرادة المدين بها، إذ لو كان تحديد نصيبهم من الأرباح عائداً إليهم لبالغوا فيه. ولو كان هذا التحديد مطلقاً على إرادة المدين لحط من مقدار الأرباح التي يوزعها على العمال الدائنين بها. وتعين بالتالي أن يكون نص القانون هو المصدر المباشر للالتزام المدين بأن يعطي العاملين في المشروع جزءاً من الأرباح التي حققها - وعلى الأقل حداً أدنى من هذه الأرباح التي يحصل العمال على حصصهم منها بشرط أن يحدد المشرع مقدارها تأسيساً على أن المشرع هو الذي يتولى تحديد نطاق كل التزام يكون نص القانون هو مصدره المباشر.

ثانياً: أن محل الالتزام ، هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به. ويلتزم المدين إما بنقل حق عيني أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام عملاً أو الامتناع عن عمل ، تعين أن يكون المحل فيه ممكناً لا مستحيلاً.

كذلك فإنه إذا التزم شخص أن يقوم بعمل معين، أو أن يتمتع عن عمل محدد، وجب أن يكون ما التزم به معيناً. فإذا كان محل الالتزام نقوداً، وجب أن تكون أيضاً معينة بنوعها ومقدارها.

وعلا بنص المادة ٣٤١ من القانون المدني، فإن الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره.

إذاً كان ما تقدم، وكان نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقتصر على مجرد تقرير حق عمال المشروع للخاص في الأرباح دون أن يحدد مقدار ما يخصهم منها،

ولو في حده الأدنى؛ فإن هذا النص، يكون قد أنشأ حقاً بغير مضمون، وصار مخالفاً للدستور بالتالي.

ذلك أن محل الالتزام المفروض في نمة المشروع الخاص بنص المادة ١٢ المشار إليها، جاء مجهلاً في مقداره، وعصياً على التحديد. فلا يكون ديناً متكامل الأركان. ذلك أن المشرع عهد إلى مجلس إدارة المشروع وجميعته العامة -وهما من الأجهزة الداخلية للمشروع- بتحديد مقدار الأرباح التي يلتزم بأن يؤديها إلى العاملين فيه، وفي ذلك تفويض من المشرع للمشروع في أن يقرر بإرادته المنفردة ما يخصهم من الأرباح التي يحققها، ليكون تحديد مقدارها موقوفاً على محض إرادة المدين.

ثالثاً: لا يجوز للمشروع الخاص أن يبرر نص المادة ١٢ المشار إليها، بأن الأوضاع الاقتصادية وأزماتها الخائفة، تقتضيها. ذلك أن الفرض هو تحقيق المشروع لأرباح صافية. فإذا قرر المشرع نصيباً فيها للعمال، تعين أن تكون حصتهم منها محددة بنص القانون بصورة قاطعة. وكان من المفترض بالتالي أن يتدخل المشرع لتحديد ما يخص العمال من هذه الأرباح على وجه اليقين، وعلى الأقل في حدها الأدنى. ذلك أن محل الالتزام هو الشيء الذي يؤديه المدين إلى الدائن. ولم يعين المشرع هذا الشيء حتى يرتبط به التزام المدين.

بيد أن المحكمة الدستورية العليا التي عرض عليها أمر الفصل في دستورية نص المادة ١٢ المشار إليها<sup>(١)</sup>، لم تقرر مخالفتها للدستور تأسيساً منها على أن نص المادة ٢٦ من الدستور التي تخول العمال حقاً في أرباح مشروعاتهم، ينحصر مجال تطبيقها في العاملين في القطاع العام. وفاتها أن الفصل في دستورية نص قانوني، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور جميعها، وإن فساد الحجة التي قام عليها وجه النعي، لا يجوز أن يمنعها من مراجعة نص المادة ١٢ المطعون عليها، على ضوء نصوص الدستور بتمامها، لتقرر تطابقها أو تعارضها معها.

وكان ينبغي عليها بالتالي أن تعطى لكافة الحقوق التي ينشئها نص القانون بطريقة مباشرة، دلالتها التي لا يستقيم معها تجريد هذه الحقوق من مضمونها. ذلك أن مضمون الحق هو جوهره، وليس للمشرع أن ينقص حقوقاً أحدثها، ولا أن يحيلها ركاباً من خلال تحويل المدين تحديد درجة نقيده بها.

(١) انظر في ذلك حكمها الصادر بحسبها المنعقدة في ١٢/٢/٢٠٠١ في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية.

ولئن كان المشرع بالخيار بين إحداث أو إهمال الحقوق التي لا نص عليها في الدستور،  
مثلما هو الأمر في حق عمال القطاع الخاص في الأرباح؛ إلا أنه متى كفلها، نعين أن يتولى  
هو تعيين كافة أحكامها، بما في ذلك نطاق الآثار التي ترتبها.

ذلك أن المواطنين كما يستمدون حقوقهم من الدستور، فإنهم قد يتلقونها من المشرع<sup>(١)</sup>  
بفرائضها المنطقية التي لا يندرج تحتها تخويل المدنيين بها حق تحديد نطاقها، وإلا كان ذلك  
إحداثاً من المشرع للالتزام يستقلّ المدّين بتحديد مقداره بالمخالفة لمبدأ الخضوع للقانون  
المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور. ذلك أن هذا المبدأ مؤداه أن ثمة قواعد تطو على  
الدولة لتقيدها وتضبط حركتها. ومن بين هذه القواعد، ضرورة تنظيم الحقوق بما لا يخل  
بجوهرها، ووجوب أن يحدد المشرع نطاق الحقوق التي ينشئها بنص مباشر، وإلا كان إحداثها  
لها تفقد به مغزاها. وهو ما يتحقق على الأخص كلما كان تحديد مقدورها بيد المدّين بها.

ذلك أن الحق من جهة الدائن، هو التزام من جهة المدّين. ولا التزام بغير حدود تبين  
الأركان التي يقوم عليها، ومن بينها ركن المحل الذي لا يقوم الالتزام القانوني إلا بتحديد.

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من مرة أن مبدأ الحماية القانونية المتكافئة لا يضمن فقط  
الحقوق التي نص للدستور عليها، وإنما كذلك تلك التي كفلها المشرع.

انظر في ذلك حكماً في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة  
رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء المباح من مجموعة أحكام المحكمة حيث تقول حرفياً:

«لضحي مبدأ المساواة أمام القانون -في أساس بنيانه- وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا  
يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك  
كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يكون قد ارتأه كغلاً للصالح العام».

### الفصل الخامس

#### الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم

٩١٧- تقتضى الديمقراطية إسهام المواطنين فى إدارة شئونهم وإشرافهم عليها، وتوجيههم لها بما يكفل مصالحهم. فلا يكون مصدر السلطة إليها بما يناقض السيادة الشعبية فى مضمونها وأغراضها. وهو ما كان قائما فى مصر الفرعونية، ونبذته النظم الديمقراطية فى تطورهما للراهن، وعلى الأخص منذ الثورة الفرنسية التى تنص بعض دساتيرها<sup>(١)</sup> على أن السيادة معقودة للمواطنين وجميعهم يباشرونها فلا تكون وقفا على فريق من بينهم دون فريق.

والأصل ألا يباشر المواطنون السيادة بأنفسهم - وإن كانوا يملكونها - وإنما ينيبون عنهم من يمثلونهم فى الهيئة النيابية ويحلون محلهم فى مباشرة هذه السيادة. فلا يكون تولى أعضاء هذه الهيئة لشؤونها محددا حركتهم داخل هذه الهيئة عن طريق أوامر يتلقونها من هيئة الناخبين بوصفهم وكلاء عنها مقيدتين بتوجيهاتها Mandat Imperatif<sup>(٢)</sup>. إذ لا شأن لمفاهيم الوكالة فى القانون الخاص بالنظم الديمقراطية المعاصرة التى تخول أعضاء السلطة التشريعية زمام المبادرة لتحقيق ما يروونه حقاً، كافلاً لأمتهم مصالحها.

ومن ثم قام الفصل التام بين الدائرة الانتخابية وبين نوابها الذين لا يمثلونها وحدها، وإنما تتدخل الدوائر الانتخابية مع بعضها لتظهر جميعها وكأنها دائرة إقليمية واحدة تتضام مصالحها، لا فرق فى ذلك بين ناخبين منحوم أصواتهم، وآخرين حجبوا عنهم<sup>(٣)</sup>.

وهذه الديمقراطية التمثيلية التى تحل اليوم محل الديمقراطية المباشرة التى ارتبطت وجودها من الناحية التاريخية ببعض المدن المحدودة فى رقعتها وعدد سكانها، والتى تنسم كذلك بندرة الممائل التى تثير اهتمام مواطنيها بوجه عام. هى التى صار لها فضل تحقيق

(١) انظر فى ذلك الدستور الفرنسى لعام ١٧٩٣ الذى تنص المادة ٢٥ منه على أن السيادة مركزة فى الشعب وكذلك نصن المادة الثانية من الدستور السنة الثالثة التى تقضى بأن المواطنين فى مجموعهم هم معقد السيادة الشعبية.

(٢) تنص المادة ٢٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ ببطالان كل وكالة إلزامية، وبأن حق انتخاب أعضاء البرلمان حق شخصى.

(٣) وهو ما يعبر عنه بأن الفائز فى الحملة الانتخابية لا ينتخبه الدائرة الانتخابية، ولكنه ينتخب منها.  
L'elu n'est pas élu par la circonscription. mais dans la circonscription.

التقدم في مظاهر الحياة وجوانبها المختلفة وإن كان طغيان الأغلبية الفائزة بالمقاعد البرلمانية على خصوصها، يمثل أخطر عيوبها.

وصح القول بالتالي بأن الديمقراطية التمثيلية تقوم في جوهرها، على حرية أعضاء السلطة التشريعية في تحديد خياراتهم في المسائل التي يناقشونها، وافتتاح وسائلهم في عرضها وإبداء رأيهم بشأنها، لا يخضعون في ذلك لغير ضمائرهم، ولا تحييم هيئة الناخبين عن المهام التي يتولونها قبل انتهاء مدة عضويتهم، ولو أهدروا نقتها فيهم. وهو ما آل في النهاية - ومن وجهة نظر واقعية - إلى حلول السيادة البرلمانية محل السيادة الوطنية، والنظر إلى من يباشرون السلطة وكأنهم أصحابها لا يتحولون عنها. حال أن النظم التمثيلية تفرض الفصل بين السيادة في صورتها المجردة من جهة، وبين من يباشرونها عملاً من جهة ثانية.

فالذين يباشرون السيادة نيابة عن الجماهير، لا يملكونها بدلاً منهم. ولا تتحول السيادة إليهم من خلال حق الاقتراع. وإنما تظل السيادة بيد الناخبين أصحابها الأصليين. فلا يفارقونها ولا يخرج زمامها من أيديهم، ولا يتخلون عنها فور انتهاء العملية الانتخابية.

فالناخبون يراقبون نوابهم، ويحاسبونهم عما فرطوا فيه<sup>(١)</sup>. فلا يمنحونهم نقتهم من جديد بعد انتهاء ولايتهم. وهو ما يفيد إمكان إيدلهم بأخرين من خلال حق الاقتراع، وهو مظهر السيادة الشعبية في جوانبها الأكثر أهمية.

وأيا كان قدر الأهمية التي بلغتها النظم التمثيلية في كثير من الدول، إلا أن الاستفتاء - كتعبير عن السيادة الشعبية المباشرة - لا زال قائماً كحقيقة قانونية لا تقبل الجدل، وإن تعين القول بأمرين:

أولهما: أن الحقوق السياسية جميعها في بلد ما، ترتبط قيمتها الفعلية بالطريقة التي تباشر بها، وإمكان تأثيرها في الأوضاع القائمة لتحديد وجهتها.

ثانيهما: أن الديمقراطية لا تتحدد وفق أشكال تنافى حقيقتها. ذلك أن استيفاءها لشروط وجودها، يعطيها الحياة التي نرجوها. ويتعين بالتالي أن يكون للديمقراطية من أفعالها وتطبيقاتها ما يلتزم وخصائصها وحقيقة جوهرها، ولو لم توجد في الدول التي نبذها محكمة

(١) الشفافية والمحاسبة Accountability من بين العناصر التي تقوم عليها الديمقراطية في المفاهيم المعاصرة.

دستورية، مثلما هو الحال في المحكمة المتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاستفتاء - وهو الطريق المباشر للهيئة الشعبية - مجرد قناع تنسّر السلطة وراءه لتخفي ديكتاتوريتها، وإنما تتحدد أهمية الاستفتاء كلما كان مدخلا حقيقيا لاستطلاع آراء هيئة الناخبين في موضوع معين، فلا يكون زائفا، أو مشوبا بالغموض، أو مضطربة مقاصده.

### المبحث الأول

#### صور الاستفتاء بوجه عام

يكون الاستفتاء إما تأسيسياً أو تشريعياً؛ إلزامياً أو اختيارياً؛ منتهياً إلى التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان أو معدلاً وملغياً بعد صدوره لبعض أحكامه؛ متعلقاً بمعاهدة دولية للدخول فيها من خلال التصديق عليها أو الإلتزام لها؛ أو كالألأ الرجوع إلى الجماهير لتحكيمها فى نزاع قائم بين سلطتين.

ويعتبر الاستفتاء تأسيسياً إذا تعلق بموضوع من طبيعة دستورية. فإذا كان موضوع الاستفتاء قانوناً أو مشروع قانون، كان تشريعياً.

### المطلب الأول

#### صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١

٩١٨- وفى مصر يتم الاستفتاء وفقاً للدستور فى الأحوال التى حددها وطبقاً للشروط التى بينها. وفيما يلى عرض لها:

### أولاً

#### الاستفتاء كطريق لصون الوحدة الوطنية

تنص المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسساته عن أداء دورها وفقاً للدستور، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، وأن يوجه بياناً إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها.

### ثانياً

#### استفتاء المواطنين فى شأن ترشيح السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية

عملاً بالمادة ٧٤ من الدستور يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه. ويتم للترشيح فى مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل. ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثى أعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء. فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية، رشح المجلس غيره. وتنبع في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها.

### ثالثاً

#### الاستفتاء لفض نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

تنص المادة ١٢٧ من الدستور على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسؤولية رئيس مجلس الوزراء. ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس.

وفي حالة تقرير المسؤولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع، وما انتهى إليه رأى المجلس في هذا الشأن وأسبابه.

ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد، جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة الاستفتاء الشعبي. ويجب أن يجري الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس. وتقف جلساته في هذه الحالة. فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، اعتبر المجلس منحلّاً، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

### رابعاً

#### الاستفتاء كطريق لحل مجلس الشعب

تنص المادة ١٣٦ من الدستور على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة، وبعد استفتاء الشعب. ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً.

فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به. ويجب أن يشمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب في ميعاد لا يتجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء<sup>(١)</sup>.

(١) تختلف طريقة حل مجلس الشعب عن طريقة حل مجلس الشورى. ذلك أن المادة ٤٠٢ من الدستور لا تجعل الاستفتاء شرطاً لازماً لحل مجلس الشورى إذ يكفي لحله أن تتوافر ضرورة لهذا الحل.



### خامساً

#### استفتاء المواطنين في المسائل الهامة

لرئيس الجمهورية استفتاء المواطنين - وعملاً بنص المادة ١٥٣ من الدستور - في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا.

### سلباً

#### الاستفتاء كحلقة إجرائية لتعديل الدستور

تنص المادة ١٨٩ من الدستور على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل. فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب، وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل. وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل، ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه. فإذا رفض الطلب فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه. فإذا ووفق على التعديل، اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

### المطلب الثاني

#### التمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين

٩١٩- يميز البعض بين سؤال يتعلق بموضوع معين يعرض على هيئة الناخبين لإبداء رأيهم في هذا الموضوع قبولاً أو رفضاً Réferendum. وبين استفتاء يدور حول شخص معين ليبقى في موقعه في السلطة أو ليخرج منها Pléiscite. والتمييز بين هاتين الصورتين من صور الاستفتاء لا يتعمق حقائق الأمور. ذلك أن الاستفتاء في كل من هاتين الصورتين يدور حول مسائل سياسية يعرض أمرها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها فيها. فالسؤال المطروح على هيئة الناخبين للحصول على رأيها في موضوع معين، يقتضيها أن تعلن رأيها في هذا الموضوع على ضوء قدر ثقنها في الجهة التي طرحته عليها. كذلك فإن كل استفتاء حول شخص معين ليبقى قائماً بالمهام التي يتولاها أو ليتخلى عنها، هو دعوة لهيئة الناخبين لإبداء رأيها في السياسة التي ينتهجها على ضوء قدر ثقنها في طريقة أدائه لواجبات الوظيفة التي يتولاها.

### المطلب الثالث

#### الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء

٩٢٠- ما لم يحتم الدستور إجراء الاستفتاء، فإنه يكون اختياريًا. والأصل أن يبين الدستور الجهة التي يعهد إليها بإجراء الاستفتاء وفق الشروط التي يحددها. فقد يعهد الدستور إلى رئيس الجمهورية أمر الدعوة إلى الاستفتاء، وقد يخوله لعدد من المواطنين إذا طلبوه، وكان طلبهم إجراءه موقعًا عليه منهم<sup>(١)</sup>.

ونادرًا ما تجرّبه السلطة التشريعية حتى لو خولها الدستور هذا الاختصاص على تقدير أن نتيجته قد تسقطها، أو على الأقل قد تظهر الضيق بها<sup>(٢)</sup>.

وتحرص بعض الدول على أن تتواءم حتى لا تتمزق الوحدة الوطنية بين شعوبها، ولتظهر وكأنها كتلة متجانسة<sup>(٣)</sup> لا تتفرق اتجاهاتها.

وتأخذ المملكة المتحدة موقفًا عدائيًا من الاستفتاء بالنظر إلى إيمانها المطلق بالديموقراطية التمثيلية. ويراه آخرون تعبيراً هواجسياً أو ديماجوجياً عن السيادة الشعبية.

ولا تلجأ بعض الدول المختلفة في أعرافها ونحلوها وثقافتها، للاستفتاء إلا في النادر من الأحوال حتى تبدو غير منقسمة على نفسها في الموضوع المعروض عليها.

وقد يتناول الاستفتاء مسائل خطيرة كالانضمام إلى الأمم المتحدة أو الدخول في أجد الأتحاف الأجنبية أو في شأن هام يتصل بالمصالح المباشرة للمواطنين كالرجوع إليهم لتحديد موقعهم من هجرة بعض الأجnas إلى وطنهم.

وفي كثير من النظم المعمول بها، لا تعرض لساتيرها أو تعديلاتها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها في إقرارها أو رفضها<sup>(٤)</sup>.

(١) في سويسرا يتعين أن يوقع مائة ألف مواطن على طلب إجراء استفتاء تأسيسى لإمكان المضى فيه، وفي إيطاليا يجب أن يكون الطلب موقعًا عليه من خمسمائة ألف مواطن.

(٢) في الدانمارك يجوز لثلث أعضاء برلمانها Folketing التقدم بطلب لإجراء استفتاء شعبي. وكثيراً ما ينتهي هذا الاستفتاء بتأييد الشعب للأقلية البرلمانية.

(٣) أنظر في ذلك دستور الاتحاد السوفيتي المعمول به عام ١٩٧٧ قبل تصدع هذا الاتحاد.

(٤) انتظر في ذلك الدستور الكندي لعام ١٨٦٧. ومع ذلك فقد أجرى استفتاء في كندا في ٢٠ مايو ١٩٨٠ بمقتضى قانون صدر لهذا الغرض حول بقاء مقاطعة كويبك في الاتحاد الكندي أو انفصالها عنه. وبالرغم من أن نتيجة الاستفتاء كانت في صالح بقاء هذه المقاطعة في الاتحاد، إلا أن رئيس وزرائها لم يستقل على أساس أن هذه النتيجة لا تحجب بذاتها عنه ثقة مواطنيها فيه.

### المطلب الرابع

#### الأكثر القانونية المترتبة على الاستفتاء

٩٢١- لكل استفتاء نص عليه الدستور، دائرة يعمل فيها. وفي نطاق هذه الدوائر، يتحدد أثره. فالاستفتاء على تعديل نقترح السلطة التشريعية - بأغلبية ثلثي عدد أعضائها - إجراؤه في الدستور، مؤداه أن يصير هذا التعديل نافذاً - لا من تاريخ موافقة هيئة الناخبين على التعديل - ولكن من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وموافقة أغلبية المواطنين على حل السلطة التشريعية، مؤداه أن يصدر رئيس الجمهورية وجوباً قراراً به.

وعرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور على المواطنين لاستفتاءهم فيها خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها، مؤداه تصديق المواطنين الذين قبلوها - بأغليبيتهم المطلقة - على هذه التدابير، وإلا كان اعتراضهم عليها، رفضاً لها.

وعرض النزاع بين السلطين التشريعية والتنفيذية على المواطنين لاستفتاءهم في مسؤولية الوزارة عن موضوع معين، مؤداه اعتبار السلطة التشريعية منحلة بحكم الدستور إذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

على أن الدستور قد لا يحدد الأكثر القانونية المترتبة على استفتاء المواطنين في بعض المسائل فلا يكون أمام جهة الرقابة القضائية، إلا بيان نطاق هذه الآثار بما يحيط بها. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٢ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية، الحق في استفتاء المواطنين في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. فإذا صدر قانون من السلطة التشريعية على ضوء نتيجة هذا الاستفتاء، فإن هذا القانون لا يعتبر معصوماً من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ ولا منظوياً على تعديل أحكام الدستور القائم.

وإذا قيل بأن السيادة تستند للمواطنين في مجموعهم باعتبارهم وعاء هذه السيادة ومصدرها على ما تنص عليه المادة ٣ من الدستور، إلا أن السيادة الشعبية التي يمارسها هؤلاء ويحمونها ويصونون من خلالها الوحدة الوطنية، حدها قواعد الدستور التي تسمو حتى على القوانين التي تقرها السلطة التشريعية إعمالاً منها لنتيجة الاستفتاء. ذلك أن جمود الدستور، مؤداه حظر تعديل قواعده بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه.

وليس لأي قانون تقره السلطة التشريعية على ضوء نتيجة الاستفتاء، غير المرتبة ذاتها المقررة لغيره من القوانين. فلا هو فوق الدستور، ولا في قوة أحكامه، ولا في مرتبة وسطى بين الدستور والقانون. وإنما شأن القوانين التي تقرها على ضوء نتيجة الاستفتاء، شأن غيرها من القوانين التي تقرها وفقاً لنص المادة ٨٦ من الدستور، ولها بالتالي درجتها لا تعلوها، وإنما تساويها.

على أن سكوت الدستور عن بيان الآثار القانونية للاستفتاء في أحوال معينة، لا يعنى أن تحدد جهة الرقابة القضائية، هذه الآثار في إطار سلطة تقديرية لا ضابط لها. وإنما يتعين أن تحدد هذه الجهة تلك الآثار، بالنظر إلى نطاق وخصائص الحقوق التي مسها الاستفتاء.

فإذا كان رئيس الجمهورية قد قصد إلى إضعافها من خلال استفتاء المواطنين عليها، فإن الضمانة التي كفلها الدستور لهذه الحقوق هي التي تسود. إذ لا يتصور أن يكون المواطنون قد قصدوا حقيقة إلى الانتقاص من حقوقهم التي كفلها الدستور، ولا إلى تقليص ضماناتها.

فإن كان الاستفتاء قد قرر لهم حقوقاً تزيد عن تلك التي صانها الدستور، اعتبر الاستفتاء إرهاباً بضرورة تعديل أحكامه لا يجوز بغير الأوضاع المنصوص عليها فيه.

بما مؤداه أن حقوق المواطنين وحرياتهم التي يدور الاستفتاء حولها؛ إما أن تعلو على مستوياتها المقررة بالدستور، وإما أن تكون أقل منها. ولا يحلها الاستفتاء في الصورة الأولى إلى حقوق تسمو على الدستور، وإنما يتعين تعديل الدستور لاستيعابها.

ولا يعصمها الاستفتاء في الصورة الثانية من الرقابة القضائية؛ وإنما يكون القانون الذي قنتها مخالفاً للدستور لخروجه على أحكامه.

#### المطلب الخامس

##### شروط الاستفتاء

٩٢٢- ويتعين دائماً في كل استفتاء، أن يصاغ السؤال المتعلق به على نحو يكون به مستقيماً Uprightness ومباشراً، فلا يكون ملتوياً مضللاً La Condition de Loyauté؛ ولا مشوباً بالغموض لينبههم على أوساط الناس La condition de clarté، سواء بالنظر إلى تعقده أو لاتطوئه الصيغة التي أفرغ فيها على قدر من الخداع Dishonesty؛ ولا جامعا بين عناصر

مختلفة يستحيل التوفيق بينها، وكأنها صفقة متكاملة Package deal إما أن تؤخذ بتمامها  
-وبكافة عيوبها- أو أن تترك في كل أجزائها<sup>(١)</sup>.

وتظهر هذه الصورة الأخيرة، كلما عرض رئيس الجمهورية على هيئة الناخبين مسائل  
مختلفة لا تتوافق لأجزائها، ولا تتلاقى في أهدافها، فلا تتحد في نسجها. وهو ما يبطل عملية  
الاستفتاء التي يشترط لصحتها ألا يكون الموضوع المعروض على هيئة الناخبين جامعا بين  
الأشياء ونقائضها، لنتناظر أجزاء جميعها.

وحتى إذا حلول رئيس الجمهورية أن يقرب الأجزاء التي تنسم بالتناقض إلى بعضها،  
فإن عرضها على هيئة الناخبين مع تباعدها عن بعضها البعض واضطراب معناها وغموض  
حقيقتها، يعد تكميلا عليها، وحملها على قبول مسائل تختلط فيها العناصر التي ينفرون منها،  
بتلك التي يميلون إليها بالنظر إلى جاذبيتها. وفي ذلك إذعان لا يلقى.

ويتعين بالتالى أن يكون الاستفتاء منصبا على واقعة محددة بصورة قاطعة - مادية أو  
قانونية لها من وضوحها ما يجعل فهمها مستقيماً، ومن تلاحم أجزائها ما يؤكد ترابطها. فلا  
يتخبط أحد في فهم المقصود منها، وإلا بطل الاستفتاء وكذلك كل قانون صدر على ضوء  
نتيجته.

## المبحث الثاني

### في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة

#### القضائية على الشرعية الدستورية

٩٢٢- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ما نص عليه الدستور من تخويل رئيس الجمهورية حق استفتاء الجماهير في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية.

ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء -الذي رخص به الدستور، وحدد طبيعته، والغرض منه- ذريعة إلى إهدار قواعده ومخالفاتها. كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور.

وبالتالي لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عوار مخالفة الدستور. وإنما نظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي للرقابة على الدستورية التي تتولاها هذه المحكمة<sup>(١)</sup>.

وعلى نقبض وجهة نظر هذه المحكمة، لا يباشر المجلس الدستوري الفرنسي الرقابة القضائية التي يتولاها، إلا على القوانين التي اقترح البرلمان عليها، لتتخسر عن القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء Les lois référendaires. على أساس القوانين في الصورة الأولى تعبير غير مباشر عن السيادة الشعبية، ولكنها تعبير مباشر عن هذه السيادة في الصورة الثانية<sup>(٢)</sup>.

Les lois que le constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité, sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adoptées par le

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ -قاعدة رقم ٥١- ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) C.C. 92- 313 D.C. 23 Sep. 1992, R.p. 94.

هذا ويستند المجلس الدستوري الفرنسي ولايته في شأن النظر في تنظيم العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها من نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسي التي تخوله هذا الاختصاص والتي جاء نصها كالآتي:

Le conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats.

peuple français a la suite d' un référendum, constituent l' expression directe de la souverainete nationale.

#### ٦- تقييم قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية

(أ) يلاحظ أولاً أن اللجوء إلى الاستفتاء العام لإقرار قوانين بذاتها تنظم مسائل بعينها، وإن كان أسلوباً نادر الوقوع في الحياة العملية؛ إلا أن حرمان الجهة للقضائية من فرض رقابتها على القوانين الاستثنائية يعصمها من الرقابة المحايدة التي تبأثرها هذه الجهة. وهي بعد رقابة تشتد الحاجة إليها وتتماظم أهميتها بالنظر إلى أن هذه القوانين لا تتناول في الأعم من الأحوال مسائل قليلة الأهمية، ولكنها تواجه أكثرها خطراً واتصالاً بالمصالح القومية؛ كذلك التي تؤثر في نطاق حقوق المواطنين وحرياتهم.

(ب) وقد تتخذ الدولة من هذه القوانين موطناً لتمرير نصوص قانونية تربو سوءاتها على منافعها، فلا يكون لجوؤها إلى الاستفتاء العام لإقرارها، وسيلة استثنائية تواجه بها أوضاعاً لها خطرها، بل نهجاً متواصلاً لهدم الشرعية الدستورية، وخرق متطلباتها.

(ج) وقد نقوض هذه القوانين بأحكامها نصوص الدستور ذاتها، ولو في بعض أجزائها؛ كأن تعيد فرض عقوبة الإعدام التي حظرها الدستور؛ وكأن تنقل إلى القطاع الخاص، ملكية بعض المرافق التي أدخلها الدستور في نطاق الملكية العامة بالنظر إلى حيويتها.

فلا يكون الاستفتاء العام غير بديل عن العمل البرلماني مع فارق هام، هو إخضاع القوانين التي يقرها البرلمان للرقابة القضائية في الوقت الذي تتحرر فيه القوانين الاستثنائية منها، لنتهيأ للسلطة التنفيذية فرص التكهّل في العملية التشريعية بصورة أكبر ولشمل تتخطى بها الحدود التي رسمها الدستور لولايتها، إخلالاً بالتوازن بينها وبين السلطة التشريعية.

(د) كذلك تمثل التفرقة التي أجراها المجلس الدستوري الفرنسي بين القوانين الاستثنائية وغيرها من القوانين، تمييزاً بين التعبير المباشر عن السيادة، والتعبير غير المباشر عنها. وهي وجهة نظر يعيبها أنها تقتصر على القوانين الاستثنائية في مرتبتها على القوانين البرلمانية، بالمخالفة لنص المادة الثالثة من الدستور الفرنسي التي لا تقيم تدرجاً هرمياً بين هاتين الصورتين من صور مباشرة السيادة الوطنية<sup>(١)</sup>.

(١) تخص المادة ٣ من الدستور الفرنسي على أن السيادة الوطنية يملكها الشعب. وهو يبأثرها من خلال نوابه وعن طريق الاستفتاء.

(هـ) وإذا قيل أن من غير المفترض أن تخل هيئة الناخبين بفرائض الميادة الشعبية التي تباشرها من خلال الاستفتاء، وأن هذا الافتراض غير قائم في القوانين البرلمانية التي كثيراً ما تخرج على حدود الدستور مما يقتضى فرض الرقابة القضائية عليها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إغفالها حاصلها أن القوانين الاستثنائية ذاتها قد تجاوزت حدود الدستور. فلا يكون تصويبها من خلال فرض الرقابة القضائية عليها، عملاً مخالفاً للدستور، بل واقعاً في إطار أحكامها التي لا يجوز تعديلها بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه. وتظهر خطورة الاستفتاء على الأخص على ضوء ما نشهده من أن الجماهير قلما تبصر بنفسها الآثار الخطيرة التي تترتبها القوانين الاستثنائية، ولا تحبب بأبعادها وآثارها في محيط العلائق القانونية التي تنسم بدقتها.

(و) والذين لا يدركون مخاطر القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء، يتصورون أن اللجوء إليها لا يكون إلا في الأحوال، ويتناسون أنها اليوم تكاد أن تكون طريقاً مألوفاً لتخطى السلطة التشريعية، وأنها تتناول كل موضوع، وأن رئيس الجمهورية كثيراً ما يتنزع بالاستفتاء لتجاوز الرقابة القضائية التي تتجو منها القوانين التي تطرح فيه، وعلى الأخص تلك التي يخشى رئيس الجمهورية من اعتراض البرلمان عليها. ومن ثم يكون الاستفتاء معادلاً في أثره لحرية التشريع La liberté de légiférer التي لا يتمتع البرلمان بها بالنظر إلى تقيدته بنصوص ومبادئ الدستور وهو كذلك تحييد لجهة الرقابة القضائية من جهة منعها من تقييم القوانين الاستثنائية والنظر في اتفاقها أو مخالفتها للدستور.

(ز) والتميز في مجال الرقابة القضائية على الدستورية بين الميادة الوطنية المباشرة وغير المباشرة، قولاً بأن روح الدستور تسوغ هذا التمييز، مردود بأن تعبير روح الدستور يشوبه الغموض، ويثير جدلاً عميقاً في الأوساط الفقهية والقضائية حول حقيقة محتواه. وهو كذلك منزلق خطر، وكثيراً ما يقضى إلى اجتهد خاطئ.

(ح) والقول بأن القوانين التي تقتزع عليها السلطة التشريعية، هي تعبير غير مباشر عن السيادة الوطنية التي لا يجوز أن يحرفها البرلمان، وأن هذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة إلى القوانين الاستثنائية التي نقرأها الجماهير كتعبير عن إرادتها بطريق مباشر وبغير وساطة من أحد- مردود بأن الإرادة الوطنية مقيدة في هاتين الصورتين بالدستور ما بقي قائماً لم يعدل.

ولئن جاز لهيئة الناخبين أن تبدل الدستور القائم بغيره إلا أن شرط ذلك- في غير حالة الثورة على الأوضاع القائمة جميعها- أن يقتدي تعديلها للدستور، بالإجراءات التي رسمها.



(ط) ليس ثمة مبرر للقول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية، تقوم الهيئة القضائية في حلبة السياسة بدورها المعقدة، ومزلقها الخطرة، وغابتها المتشابكة. ذلك القوانين البرلمانية ذاتها. لا ينظر إليها -في مجال الفصل في دستوريتها- كمجرد تطبيق لفضلى لنصوص الدستور. ولكنها رقابة تختلط فيها هذه النصوص بالسياسة في ألوانها وتياراتها المختلفة.

يؤيد ذلك أن الشرعية الدستورية لا تحدد ضوابطها من منظور دون آخر، وإنما تحكمها عوامل قانونية وسياسية واقتصادية واجتماعية، تتداخل فيما بينها، وتدخلها جهة الرقابة القضائية في اعتبارها سواء من خلال مفهوم مشترك يضمها إلى بعض، أو عن طريق ترجيح بعضها على بعض. فلا تكون الرقابة القضائية على الدستورية تعبيراً في الفراغ عن مفاهيم ينتحلها القضاء وكأنهم يعيشون في أبراجهم العلى.

(ى) أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تعليمية وتصويبية في آن واحد، فإذا أخذ بالدستور قانون ووفق عليه في استفتاء عام، فلم ينج منها<sup>(١)</sup>.

تلك هي المأخذ على قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة على الشرعية الدستورية.

وتخفيفاً من غلوها، يقرر فريق من الفقهاء أن هذا المجلس لا زال يملك بعض الأسلحة فسي مواجهة هذه القوانين، تأسيساً على أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء، وإن كان لا يجوز الطعن فيه، إلا أن المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي تخول المجلس حق إيداء رأيه في المرسوم المنظم للعملية الاستثنائية، وكذلك في نصوص القانون الاستثنائي بعد عرضهما عليه من الحكومة، وقبل طرح موضوع الاستفتاء على الناخبين لاستفتاءهم فيه<sup>(٢)</sup>.

Le décret relatif à l'organisation des opérations de référendum et le texte de la loi référendaire.

(١) انظر في الانتقادات الموجهة إلى قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية: Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3 e édition. 173- 179.

(٢) يلاحظ أنه لا يوجد نص قانوني يمنع المجلس الدستوري صراحة من نشر آرائه هذه، إلا أن المجلس يترك للحكومة حرية نشر قراراته الاستشارية تلك أو عدم نشرها.

وأرلوه هذه وإن لم تكن فصلاً قضائياً في المسائل التي نتناولها، وإنما تتمحضر عن آراء إستشارية خالصة<sup>(١)</sup>. Purement legislative إلا أن بإمكان المجلس الدستوري الفرنسي، أن يرفض إبداء رأيه في الطريقة التي تدار بها العملية الاستفتاءية، وأن يرفض كذلك إعلان نتائجها ليجهض المبادرة التي اتخذتها الحكومة في شأن استفتاء المواطنين في موضوع معين، خاصة وأن من اختصاص المجلس مراجعتها في كافة التدابير التي تتخذها في شأن الاستفتاء لضمان انتظامها La régularité des operation de referendum. وهو بذلك ينهبها - حال إصرارها على استفتاء يناقض الدستور - إلى أنه إن يراقبه، ولن يعلن نتيجته، ليضع الحكومة في موقف شديد الصعوبة قد يثير المواطنين ويستطهبهم ضدها<sup>(٢)</sup>.

(١) C. C. dec. 1960, Regroupment national, R.p. 67.

(٢) ويلاحظ أن المجلس يستطيع أن يبدى رأيه في الطريقة التي صيغ بها السؤال المطروح في الاستفتاء، وقد يعيد تركيبه بمناسبة نظره في مشروع القانون المستقضى عليه. انظر في ذلك تعليق الأستاذ Lauchaire عضو المجلس الدستوري الفرنسي السابق على نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسي وذلك في ص ١١٠٧ - ١١٠٩ من مؤلف عنوقه:

“la constitution de la Republic française, “Analyses et commentaires sous la direction de franco, is Luchaire et Gerard Conac, Economica, 2 e édition, 1987.

### الفصل السادس

### الإحراف في استعمال السلطة التشريعية

#### المبحث الأول

#### المفهوم العام لسوء استعمال السلطة

٩٢٤- لا يتوخى المشرع بتنظيمه للحقوق على اختلافها -كالحق في الحياة، وفي الحرية الشخصية، وفي حرية التعبير- أن يكون هذا التنظيم دلترا في فراغ. وإنما الأغراض المحددة التي يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هي التي تحدد مقصده من هذا التنظيم، ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها، وحقيقة المسائل التي يتناولها. ومن ثم نكل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما أقره من النصوص القانونية، فلا يكون حقيقة ثوبها بعيدا عن مقاصده منها.

ويفترض بالتالي في كل قاعدة قانونية، تغييرها لأغراض تستهدفها. ذلك أن هذه الأغراض هي دوافعها التي تحركها وتوجهها وجهة بذاتها يكون قصد المشرع منصرفا إليها، كحرمان الأشخاص الذين ينحدرون من عرق معين -ويقصد وصمهم بما يحقرهم- من مباشرة حرفة بذاتها، أو من امتنان بعض الأعمال، أو من الانتفاع ببعض المرافق، أو من دخول بعض أماكن الاجتماع، ودور اللهو، وحدائق الحيوان، ووسائل النقل العام. ذلك أن المشرع أقر هذا الحرمان من خلال قاعدة قانونية وجهها العرق، ليكون هذا العامل محركا للقاعدة القانونية، ومحددا لمضمونها ونطاق تطبيقها، خاصة إذا كان هذا العامل مجرد تعبير عن سياسية تشريعية منهجية تنسم بالحزم في تنفيذها، والخلو في اقتضاها من المخاطبين بها.

٩٢٥- وكلما أضمر المشرع هدفا غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق. ذلك أن هذه السلطة حددا قواعد الدستور<sup>(١)</sup>.

٩٢٦- ومن ثم تكون المصلحة العامة قيدا غائيا على السلطة التقديرية للمشرع. وهو قيد مؤداه ألا ينحاز المشرع لغرض غير مشروع.

(١) لا توجد سلطة تقديرية مطلقة في مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ذلك أنه حتى ولو لم يقيد الدستور المشرع بضوابط معينة ألزمه بالحضوع لها فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية، فإن على المشرع -في مجال تنظيمه للحقوق- أن يختار أكل القيد عليها وأكثرها ملاءمة لتحقيق الأغراض التي يبتغيها.

ويتعين بالتالي ألا يتفيا القانون غير الأغراض التي يأن الدستور بها أو التي لا يعارضها. فإذا حرم القانون حول غرض غير مشروع، وكان لهذا الغرض دور في توجيهه الوجهة التي صار عليها، ولو لم يكن هذا الدور جوهرياً، ولا عنصراً وحيداً في تشكيل أحكامه، تبين وصمها بإساءة استعمال السلطة بالنظر إلى الأغراض المخالفة للدستور التي خالطتها، والتي كان عليها ألا تقربها، ولا أن تدخلها في اعتبارها.

وتعبر المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بقولها بأن نصوص الدستور متألقة فيما بينها، لا تتماهى أو تتأكل، بل تتجانس في معانيها ويتضافر في توجهاتها. ولا وجه بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها. ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها في مجموعها. وشرط ذلك اتساقها وترابطها، والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتياً لا ينحزل به عن غيره من النصوص أو يناقياها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها مقيداً بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن ثمة أغراض نهائية ومقاصد كلية تصل نصوص الدستور بعضها ببعض وترتبط بينها، ويتعين أن تفسر هذه النصوص على ضوءها، وأن يتقيد المشرع بها. وعلى الجهة القضائية أن تبذل كل جهد من أجل كشفها حتى تقيس عليها القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، لتبطلها إذا بان لها أنها أقرتها انحرافاً منها عن الحدود التي فرضها الدستور على وظائفها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥/٣ - ص ١٤٣  
من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

### للمبحث الثاني

#### الأغراض التي يستهدفها المشرع من النصوص القانونية

٩٢٧- يتعين التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قسدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توختها من وراء تبنيها لها؛ وبين خطأها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها.

ذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيناً أو محدوداً، هو خطأ في تقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالي غير مقصود.

ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تغالطها.

وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى أن صون الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه، لا يتحقق بغير التقيد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمها إلى بعض في إطار وحدة عضوية تجمعها.

٩٢٨- ومن غير المتصور أن تكون السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، منفصلة ضوابطها، متحررة من كوابحها. ذلك أن حدها قواعد الدستور التي تقيد من إطلاقها وتعتبر تخوماً لها تحد من حركتها.

وهذه القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية في مجال التقدير، مردها من ناحية أن من المفترض في كل قانون أن يكون منطوياً على تقسيم من ناحية الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزاي التي يمنحها لفريق دون آخر. وشرط موافقة هذا القانون للدستور -ولو أقر في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع- ألا تتفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها، بالوسائل إليها، منطقياً وليس واهياً.

ومن ثم تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض. فإذا انفصل اتصالها بها، وجب إبطالها.

ويفترض دوماً في الأغراض التي يتبناها المشرع، أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها.

### المبحث الثالث

#### التمييز بين مقاصد تشريعية لا تتناقض الدستور ومقاصد تشريعية تخالفه

٩٢٩- ويتمين كذلك التمييز بين نوعين من الأغراض التي يستهدفها المشرع، ويبلور على ضوءهما النصوص القانونية التي أقرها.

أولاً: أغراض تشريعية لا تتناقض الدستور. وهذه لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها، ولا أن تناقشها باعتبارها واقعة في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وهي سلطة لا يجوز معها للجهة القضائية أن تزن بمقاييسها الخاصة، السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تخوض في ملامعتها؛ ولا أن تحل للقواعد القانونية التي أقرها غير حقيقة أهدافها، ولا أن تحل خياراتها محل انتقاء السلطة التشريعية لوسائلها في تنظيم هذا الموضوع.

ذلك لأن السلطة التشريعية يكتفيها -وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها- أن تبشر اختصاصاتها التشريعية مسئلة في ذلك كافة الأغراض التي يكتسبها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها، وسائل منطقية تصلها بها<sup>(١)</sup>.

ومرد ذلك أن التقدير في نطاق السلطة التشريعية، مواءم مفاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة. وحسبها في اختيار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور؛ وفي الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتزم جميعها وأغراض يقرها الدستور. ولا يجوز للجهة القضائية بالتالي أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

ولا كذلك مقاصد المشرع المخالفة لأغراض الدستور أو غاياته النهائية. إذ هي أغراض محظورة لا يجوز أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

فضمن حق المواطنين في المعاش لا شبهة فيه باعتباره من صور التكافل الاجتماعي. والنصوص القانونية التي يقرها المشرع لتحقيق هذا التكافل، لا منافاة فيها للدستور بقدر ارتباطها عقلاً بإيفاء هذا الغرض. ولا كذلك النصوص القانونية التي يتدخل بها المشرع

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥- القاعدة رقم ٣/٣٦- ص ٥٢٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

لحماية الدولة من الناقدین لها، وكأنها فوق القانون<sup>(١)</sup>. ذلك أن حماية الدولة على هذا النحو، امتثالاً للقانون، وهو كذلك غرض غير مشروع لا يجوز أن يظلمها لبضفي حصانة على أعمالها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن <من غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام، تبصيراً بنواحي التقصير فيه، مؤدياً إلى الأضرار بأية مصلحة مشروعة، وأن من غير الجائز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها، وأن النظر في أعمال القائمين بالعمل العام، وتقويم اعوجاجهم يعتبر واجباً قومياً كلما نكل هؤلاء عن حقيقة واجباتهم إهمالاً أو انحرافاً.

ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون.

وترتبط مراقبة تصرفاتها، بالحقوق التي ترتكز في أساسها على المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم. ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومساءلتها على أخطائها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التي فرضها الدستور عليها. وعلى الأخص لأن انتقاد القائمين بالعمل العام مشمول بحماية الدستور، تغليباً لحقيقة أن الشؤون العامة وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها، ووسائل النهوض بها، أمر وثيق الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، ويؤثر بالضرورة في تقدمها، وقد ينعكس بأهدافها متراجعا بطموحاتها إلى الوراء<sup>(٢)</sup>.

٩٣٠- وكما يتقيد التقدير في عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التي يتوخاها، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن المشرع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التي تتراوح فيما بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أنسبها لفحواه، وأجراها

(١) انظر في ذلك المادة ٨٢/د من قانون العقوبات التي تفرض عقوبة جنائية ثقيلة على من يذيعون في الخارج عن عمد أخباراً كاذبة تمس هبة الدولة واعتبرها.

(٢) القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٢/١٥ - ص ٧٤١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأقلها تقييدا للحرية، وأكثر المصالح تقلا في مجال ضمانها<sup>(١)</sup>.

كل ذلك بافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق وطريق الوصول إليها. ولا يجوز بالتالي تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها<sup>(٢)</sup>.

٩٣١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخلو أن تزن بنفسها -بمعاييرها- ما إذا كان القانون المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره ملائما، وأن واجبها ينحصر في أن ترد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تناقش بواجبها أو تخوض في دوافعها، ما تقرره في ذلك، بفترض أن تكون لهذه النصوص بواجبها أو دوافعها غير المخالفة للدستور.

ذلك أن نصوص الدستور -في غاياتها- تعتبر قيда على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق. بما مؤداه أن الدستور وبإخول المشرع أن يحدد للنصوص القانونية التي يقرها وجهتها النهائية، وأن يصوغ قوالبها وفق الأغراض التي يستسبها، إلا أن شرط ذلك أن تكون هذه الأغراض التشريعية موافقة لأغراض بكتل الدستور لها الحماية.

فإن كان يزدريها أو يناهضها، فإن خوض الجهة القضائية في حقيقة هذه الأغراض يكون واجبا. وعليها أن تبطل النصوص القانونية التي استلهمتها جزاء مخالفتها لنصوص الدستور في غاياتها، على تقدير أن عمل المشرع يعتبر انحرافا عن الحدود التي كال يتعين أن يلتزمها في مباشرة سلطته التقديرية.

(١) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٠/٧ ص ١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٤/٤٧ ص ٧٢٣ وما بعدها من الجزء السابع تنظر كذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية -جلسة ١١/١٦/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٣/١٢، ١٤ ص ١٧٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦/١٥ ص ٢٠٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٤/٢ ص ٣٣ من الجزء السابع.



٩٣٢- وقد تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور في أغاياتها، ولكنها تكلم عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوءها.

ومن ثم تكون تشريعاتها هذه، محض تعبير عن تبنيها أهدافا مخالفة للدستور. وإقرارها لها على هذا النحو، مؤداه أن انحرافها في استعمال سلطتها التشريعية، يعتبر عيبا غائيا يرتبط بالأغراض المخالفة للدستور التي خرج القانون من رحمها.

٩٣٣- وإذا تصوغ السلطة التشريعية تشريعاتها بما يوجهها لتحقيق أغراض مخالفة للدستور، فإنها تفعل ذلك قصدا حتى تكفل تنفيذ الأغراض الحقيقية التي تسعى إليها.

وهو ما يؤكد أن انحرافها في استعمال السلطة يعتبر كذلك عيبا قصديا.

ذلك أنها تستر عمدا ظاهر القانون بأغراض مخالفة للدستور لبطنتها في نفسها، وكان لها أثر في توجيهه الوجهة التي صار إليها.

فالسلطة التشريعية قد تصدر بتقسيم الدوائر الانتخابية قانونا يستند وفق هدفها المعلن لعوامل ديموغرافية أو جغرافية، ولا يتوخى في الحقيقة غير تبديد قوة أصوات خصومها وتشتيتها حتى لا تتحقق لها في بعض الدوائر أو في أغلبها، أغلبية تكفل لها الفوز بها.

وقد تصدر السلطة التشريعية قانونا في شأن المعاهد التعليمية، ولا يكون هدفها من هذا القانون إلا التأثير في العملية التعليمية على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.

وقد تنظم هذه السلطة الانتفاع ببعض المرافق لأغراض تنظيمية في الظاهر، كصون صحة المواطنين في مجموعهم، ولا يكون هدفها في حقيقة الأمر غير إقصاء أقلية بذاتها عن هذا الانتفاع<sup>(١)</sup>.

ففي هذه الفروض، يتخذ القانون في ظاهرة سمتا مخالفا لحقيقة النوايا التي لبطنتها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما يجعل القانون بريئا في مظهره، ملوثا واقعا في

(١) قد يصدر قانون ينظم الانتفاع بحمامات السباحة في بعض المرافق. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض اقتصادية كالقول بأن فتح هذه الحمامات للكافة - بما في ذلك السود - قد يمنع الأغلبية البيضاء من ولوجها، فلا يكون الانتفاع بها مجز اقتصاديا. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض تتعلق بالأمن العام كالقول بأن الجمع بين البيض والسود فيها يؤدي إلى تصادمهم ببعض ويشير بالتالي لقلق يتعين تجنبها. بيد أن الحوض في حقيقة هذه الأغراض، قد يدل على أن هذا التنظيم التشريعي لا يتوخى غير حجب الأقلية السوداء عن الانتفاع بذلك المرفق لأغراض عنصرية، بما يؤكد عندئذ انحراف السلطة التشريعية في استعمال السلطة

مقاصده التي يتعين على الجهة القضائية أن ترددها على أعقابها، وأن تبطل كل قانون اقترح بها، على تقدير مجاورة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج المشرع على هذه الحدود ظاهراً أم مستتراً

وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع في إقرار هذا القانون، فإن امتزاج هذين الغرضين ببعض، يجعل من المعتذر على الجهة القضائية أن تحدد مبلغ الأثر الذي كان لأيهما في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجهتها -ولو في بعض جوانبها- أغراض مخالفة لنصوص الدستور في غاياتها

ولا يجوز القول بالتالي بأن الغرض غير المشروع، يتعين أن يكون ماثلاً في القانون من كل جوانبه غير مستلهم سواء، ولا أن يكون أثر هذا الغرض في تكوين نصوص القانون جوهرياً أو رئيسياً. وإنما تتحقق مجاوزة السلطة من خلال احتوائها لغرض غير مشروع، ولو كان جانبياً.

### المبحث الرابع

#### نحو بناء نظرية متكاملة لمسوء استعمال السلطة

٩٣٤- وإذا انتقلنا من التعميم إلى التأصيل، وأردنا بناء نظرية متكاملة لمسوء استعمال السلطة التشريعية، نعين القول بأن كل قانون يفترض احتواءه على النصوص القانونية التى قصد المشرع بإقرارها، أن تعمل فى مجال تطبيقها، ووفق شروط سريانها فى حق المخاطبين بها An operative rule، وأن يكون لهذه النصوص مقاصد تتوخى تحقيقها Objectives or motives، وأثاراً ترتبها Effects- consequences or impact.

ولئن جاز القول بأن الآثار التى ترتبها القاعدة القانونية، تتصل بمضمونها، وأن أثارها هذه تتمثل فى تعديلها لمراكز قانونية قائمة أو إلغائها، ويتعين بالتالى فصل آثار القاعدة القانونية عن الأغراض التى قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء إقرارها، إلا أن ما يحدد مضمون القاعدة القانونية، ويبلور الآثار التى ترتبها فى محيط العالقة القانونية، يتمثل فى أن المشرع لا يصوغ القاعدة القانونية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصوداً منها ليتحدد على ضوئه مضمون هذه القاعدة وأثرها.

فالقاعدة القانونية التى تنص على أن الأرض الزراعية لا يجوز تجريفها، هدفها أن تظل رقعته على حالها، فلا تنقلص بعمل غير مشروع يتوخى تبويرها. ومن ثم تحدد الأغراض التى يستهدفها المشرع من هذه القاعدة نطاق تطبيقها وأثارها.

والقاعدة القانونية التى تحظر هدم المباني التى لها قيمة تاريخية أو جمالية أو أثرية، غايتها صون هذه المباني بوصفها تراثاً قومياً لا يجوز التفريط فيه، ليحدد هذا الغرض نطاق هذا الحظر، والآثار التى يرتبها.

والقاعدة القانونية التى تقضى بأن كل مقطوعة يتعين أن يكون تصريفها لعادتها من أعلى نقطة فيها، لا يتحدد مضمونها وأثرها إلا على ضوء الأغراض التى تتوخاها، والتى تتمثل فى أن يكون ثلوث للمقطوعة للجو أقل وطأة.

٩٣٥- تلك صور مختلفة من الأغراض التشريعية التى لها دور فى تكوين القواعد القانونية التى تتصل بها، وفى تحديد أثارها. وبقر اتفاقها والأغراض التى يتوخاها الدستور، تتحدد دستوريته.

والذين يقولون بأن الأغراض التى يتوخاها المشرع تدخل فى إطار مسائل التقدير التى لا يجوز الخوض فيها، يتكلمون أمرين:

أولهما: أن الأغراض النهائية للدستور قيد على سلطة التقدير. والتقييد غير التقدير.

ثانيهما: أن الأغراض المخالفة للمستور التي قد يستهدفها المشرع في قاعدة قانونية أقرها، تبطلها ولو خالطها غرض مشروع في بعض جوانبها. ذلك أن الجهة القضائية يستحيل عليها أن تحدد على وجه اليقين، مبلغ الأثر الذي كان للغرض الباطل في تكوين القاعدة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، والآثار القانونية التي ترتبها.

### المبحث الخامس

#### مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة

٩٣٦- وما تواجهه الجهة القضائية من صعوبة في مجال التحقق من أغراض القانون، لا يجوز أن يثبتها عن الخوض فيها. ذلك أن نقطة البداية في سوء استعمال السلطة، هي أن الأغراض المخالفة للدستور لا تجوز حمايتها، أي كان قدر الصعوبة التي قد تواجهها الجهة القضائية في مجال إثباتها، ولما كان نوع المخاطر التي قد تنزلق إليها في مواجهتها لهذه الأغراض وتحريها لها.

وغالبا ما تتوصل الجهة القضائية إلى حقيقة هذه الأغراض بقدر مقبول من اليقين، كأن تدل عليها مضابط السلطة التشريعية نفسها، أو الأعمال التحضيرية للقانون، أو تبنيتها واقعة مجهولة تستخلصها الجهة القضائية من واقعة معلومة لا نزاع في صحتها، أو من بيان يلقى به أحد المسؤولين في شأن حقيقة الأغراض التي يتوخاها القانون.

وقد يقوم مضمون القاعدة القانونية دليلا قويا على بواعثها المخالفة للدستور، والتي يتعين التمييز بينها وبين القواعد القانونية التي نمول إليها أو التي نمجها ونرفضها لعدم جاذبيتها.

وقد يقوم الدليل على أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية المطعون عليها، لو لم يكن الفرض غير المشروع قد اتصل بها أو اكتفها. كأن يقر المشرع قانونا بقصد تقييد الهجرة التي أطلق الدستور الحق فيها، إضرارا بعرق معين.

ذلك أن هذه القوانين تخالفها أغراض مخالفة للدستور كان يتعين تجنبها. وإقرار المشرع لها على هذا النحو، يناقض حقيقة أن كل قانون يتضمن في الأصل تقديرا منطقيًا لتكلفته، واتصالا معقولا بالأغراض التي يتوخى تحقيقها، وانتقاء بدائل أقل وطأة من تلك التي اختارها في بناء القانون.

فإذا جاوز قانون الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيه، أو أخل بمضمون نص في الدستور، أو تمحض عن إساءة استعمال السلطة، تعين أن يكون بطلان القانون جزاء واحدا على هذه الصور المختلفة من عوار النصوص القانونية، وإن تقدم بعضها على بعض، كأولوية النظر في الأوضاع الشكلية التي يتعين إفراغ القانون فيها، على مخالفة القانون لمضمون نص في الدستور، وكاستثناء المخالفة الشكلية ثم للموضوعية لنصوص الدستور، قبل الخوض في غاياتها.

وعلى الجهة القضائية أن تتحقق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مثالبها. وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسة قضائية ترددها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يجنبها الحرج في علاقتها بالسلطتين التشريعية والتنفيذية.

ذلك أن امتحان الوظيفة التشريعية والخروج على الحدود التي رسمها الدستور لها، يتحقق بصورة أظهر وأخطر في مجال إساءتها استعمال السلطة التي تعد عيبا قسديا يبصره المشرع، ويعمد على ضوئه إلى تشكيل النصوص القانونية التي يقرها، ليوصلها لتحقيق غرض غير مشروع. فلا يكون هذا الغرض مجرد خلفية لهذه النصوص، وإنما هو باعثها ومحركها.

٩٣٧- وما يقال من أن نظر الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي توختها النصوص القانونية، يقتضيها الخوض فيما كان بين أعضاء السلطة التشريعية من تواطؤ في إقرار قانون يناقض أغراض الدستور، وأن في ذلك تعمقا لنواياهم التي يتعذر إثباتها؛ مردود بأن إساءة استعمال السلطة التشريعية لاختصاصها من الأمور التي قلما يتم إثباتها بالطريق المباشر؛ وأن إثباتها بطريق غير مباشر يتأتى على الأخص من نصفي السياسة التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويندرج تحتها تعمد إرهاب المجرمين بأعباء يختل بها التوازن المنطقي في العلائق الإجارية بينهم وبين المستأجرين<sup>(١)</sup>. ويرتد كذلك إلى القرائن القضائية التي تستخلص بها الجهة القضائية واقعة مجهولة من واقعة معلومة بما يجعل الواقعة المعلومة موطنًا للواقعة المجهولة بالنظر إلى ما بين الواقعتين من صلة، كأن تستبطن من الأوضاع القائمة أو السابقة على إقرار النصوص القانونية، ما يدل على مجاوزة السلطة التشريعية حدود المصلحة العامة، وانصرافها بالتالي إلى تحقيق أغراض يلفظها الدستور.

وما يراه البعض من أن الرقابة القضائية على الأغراض التي تتفياها السلطة التشريعية، يقحمها في العملية التشريعية ذاتها، ويدل على عدم احترامها لهذه السلطة وانتقاصها من مهامها وظيفتها في بؤرة الصراع السياسي؛ مردود بأن الجهة القضائية لا تسأل أعضاء السلطة التشريعية عما كان قائما في أذهانهم وقت إقرار القانون. ذلك أن هؤلاء الأعضاء يمثلون هيئة

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٣/٦٥ - في ٩٥٦ من الجزء الثامن بأن النص المطعون فيه - بالصيغة التي أقرغ فيها - ليس إلا حلقة في اتجاه عام تنهه المشرع أمدا طويلا في إطار معايير جائزة لا يمكن تبريرها منطقيا ولو أجدد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وأن هذا الاتجاه يمثل ظلما فادحا لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم مقتدرين في ذلك بمعايير استثنائية جاور واضعوا بها - في كثير من جوانبها - حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم إلا متحيفا حقوقا ما كان يحور الإضرار بها

الناخبين في تصرفاتهم داخل البرلمان، ولا تجوز بالتالي محاسبتهم عنها، ولا استجوابهم بشأنها، ولا إشهادهم على بواعثهم من العمل التشريعي، ولا دعوتهم للمثول أمام الجهة القضائية للإدلاء بهذه الشهادة.

ولا نزاع في أن مجرد مخالفة السلطة التشريعية للدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التي كان يجب أن يفرغ القانون فيها، أو من جهة خروج مضمون القانون على الدستور في محتواه، هو خطأ من المشرع. ولكن هذا الخطأ لا يصل إلى حد اتهام أعضاء هذه السلطة بالتدليس والالتواء، ولو كان غرضهم من إقرار القانون مخالفاً للدستور.

ذلك أن الجهة القضائية التي تدين بواعثهم، لا يثير شكوكا خطيرة حول أمانتهم، ولا تهينهم، ولا تقحم نفسها في سياسة تشريعية لا اختصاص لها بمناقشتها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها بما يكفل خضوع السلطة التشريعية لحكم الدستور. وشرط ذلك ألا يكون لها شأن بأعضائها أنفسهم، كاستجوابهم حول حقيقة دوافعهم من النصوص التي أقروها، بل يتعين عليها أن تعتمد على مصادر خارجية ترجح لديها إساءة استعمال البرلمان لسلطته.

ومن المحقق فإن احترام السلطة التشريعية لنفسها يقتضيها أن تبدأ بنفسها، وأن تنزل على حكم الدستور. وردّها إلى الدستور هو جزاء مخالفتها لأحكامه، ولا عصمة لأحد فوق الدستور.

المبحث السادسفائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواضعها

٩٣٨- كثيرا ما يقال بأن الخوض في الأغراض المقصودة من القواعد القانونية، لا فائدة فيه، وذلك من وجهين:

أولهما: أن الدخول في الأغراض التي تتوخاها السلطة التشريعية من تشريعاتها، يحملها على أن تبذل جهدا أكبر لإخفاء ما هو غير مشروع منها، بما يحبط الرقابة القضائية على عمل السلطة التشريعية، ويعجزها عن تحقيق مهامها.

ثانيهما: أن السلطة التشريعية التي تبطل الجهة القضائية تشريعاتها لسوء استعمال السلطة، قد تعيد إصدارها بذات أهدافها السابقة الباطلة بعد إلباس تشريعاتها الجديدة، ثوبا ينافض حقيقتها.

٩٣٩- بيد أن هذين الوجهين -حتى مع صحتهما- لا يجردان الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة من فائدتها العملية وذلك على النحو الآتي:

أولا: إعادة إقرار المشرع لقانون باطل في أهدافه

وما يقال من أن المشرع قد يعيد إصدار القاعدة القانونية القديمة التي أبطلتها المحكمة لسوء استعمال السلطة، مردود بأن إبطالها لقاعدة قانونية لسوء استعمال السلطة ثم إيدال المشرع للقاعدة القديمة بقاعدة جديدة ، لا يجوز أن يمنعها من التحقق مما إذا كان ثوبها الجديد، ساترا للأغراض المعيبة ذاتها التي كان عليها ثوبها القديم، وما إذا كان المشرع حين أعاد إصدارها قد أخذ في اعتباره بحقوق المخاطبين بها، والذين أضيقوا منها قبل إبطالها.

ولا شبهة في أن للسلطة التشريعية دوما أن تقر من جديد قانونا ينظم الأوضاع التي تناولها قانون سابق قضى بطلانه لمجاوزة السلطة، بشرط أن يوافق القانون الجديد، أحد الأغراض التي يكفلها الدستور . وحريتها في ذلك لا قيد عليها.

ثانيا: إخفاء المشرع لنواياه

وحتى لو أعاد المشرع إقرار قانون أبطل من قبل بالنظر إلى مجاوزة السلطة، فإن من المفترض أن يعامل القانون الجديد باعتباره قانونا مشبوها اتصل بالأغراض القديمة المخالفة للدستور واستنصحبها.



وهو افتراض لا يجوز أن ينقض إلا إذا قام الدليل على نبذ السلطة التشريعية للفرض القديم، وعلى الأخص كلما تغيرت الأوضاع التي صدر القانون القديم في ظلها، أو تبدلت القيم من النقيض إلى النقيض خلال الفترة الزمنية الواقعة بين هذين القانونين.

وتدخل الجهة القضائية في العملية التشريعية على هذا النحو، ليس محبياً. ذلك أن إبطالها لقانون ما، لا يتصور أن يمنحها من تقييم قانون آخر مطابق القانون الأول أو خالفه، لو كان قريباً من أحكامه.

ولها أن تعتمد في هذا التقييم على السياسة التي تنتهجها السلطة التشريعية، وموقفها قبل فريق من المواطنين. وهما عنصران يعطيان الانطباع في كثير من الأحيان بأن الأغراض التي توخاها المشرع من إقرار القانون الجديد، تثير الشبهة حول مشروعيتها، وعلى الأخص لأن احتمال إيدال القانون الأول الباطل بقانون جديد يصدر في إطار غرض مشروع، كثيراً ما يكون ضئيلاً.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن للقاعدة القانونية المخالفة في مضمونها أو في الآثار التي ترتبها للدستور، هي قاعدة لا نفاذ لها؛ فإن من الصحيح كذلك أن عودة المشرع إلى إقرار قاعدة قانونية أبطلتها المحكمة من قبل لخروجها على أهداف كلية بحميتها الدستور لمخالفتها نصوص الدستور في أغراضها الكلية، ينحل عملاً عديم الأثر. ولو ألبس المشرع القاعدة الجديدة التي أعاد إصدارها، ثوباً يتفق مع الدستور.

وما يقال كذلك من أن إبطال الجهة القضائية للنصوص القانونية التي تخرج بها السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها، يحفزها دائماً على إخفاء حقيقة نواياها، وبذل كل جهد من أجل طمسها، وحرمان الجهة القضائية بالتالي من كل معلومة أو بيان يعينها على تقييم هذه النوايا لتتزم الجهة القضائية نفسها بنفسها؛ مردود بأن خوض الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي تبتتها السلطة التشريعية، ضرورة دستورية لا يجوز تجنبها أو غض البصر عنها.

وقلما تعتمد الجهة القضائية في سبرها لهذه الأغراض على معلومة أو بيان تتلقاه من السلطة التشريعية التي تحرص على أن تظل مقاصدها الباطلة من النصوص القانونية، محجوبة عن الجهة القضائية التي قد تدنيها إذا بان لها أن وراء هذه النصوص غرض غير مشروع.

ولئن صح القول بأن تدخل الجهة القضائية لفرض رقابتها الدستورية على السلطة التشريعية، هو مما يزعجها ويؤرقها، وأن وصمها بمخالفة الدستور في الأغراض التي

يحميها، يشيئها، ويصم أعضاءها بالإخلال باليمين التي حلفوها على احترام الدستور؛ إلا أن الحقيقة التي لا يجوز إهمالها، هي أن السلطة التشريعية قد نقر من القوانين ما يناقض نصوص الدستور في غاياتها.

ويتعين بالتالي أن تبطلها الجهة القضائية على تقدير أن مصلحة المواطنين في تأكيد الشرعية الدستورية وبناء أسسها، أولى وأظهر من مصلحة أعضاء السلطة التشريعية في حماية أنفسهم مما يشيئهم، وعلى الأخص كلما كان سوء استعمال السلطة جليا من نصوص القانون ذاتها، وإن تعين على الجهة القضائية أن تلتزم قدرا كبيرا من الحذر في وصمها لقانون ما بمجاوزة السلطة

## المبحث السابع

ضرورة التحوط في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة

٩٤٠- وإذا كان واجبا على الجهة القضائية أن تطبق الدستور في كل أحكامه، ومن بينها الأغراض التي يصونها، فإن عليها كذلك أن تزن مهمتها هذه بقدر الضرورة، وألا تبطل بالتالي قانونا لإساءة استعمال السلطة، إلا إذا توافر الاقتناع لديها بأن القانون اختلط بغرض غير مشروع، وأنه كان لهذا الغرض دور إيجابي في تكوين نصوص القانون، ولو لم يكن دورا وحيدا Sole motivation أو متفشيا Dominant motivation<sup>(١)</sup> في نصوص القانون جميعها. وإنما يكفي أن يكون مؤثرا في المحصلة النهائية للعملية التشريعية. ولا يجوز القول بالتالي بأن النصوص القانونية المناقضة في أغراضها للدستور، هي تلك التي ما كانت السلطة التشريعية لتصدرها لو لم تكن هذه الأغراض قائمة في ذهنها وقت إقرار القانون.

وكما بان لجهة الرقابة القضائية أن القانون في غرضه لا يوافق الدستور، تعين عليها أن تعامله باعتباره قانونا مشبوها وأن تبطله. فإذا أعاد المشرع إصدار القانون، تعين أن تكون بواعثه الجديدة نقية من كل الوجود<sup>(٢)</sup>.

ومجرد قيام صلة منطقية بين القاعدة القانونية، والأغراض التي تتوخاها، لا يجعلها بالضرورة قاعدة موافقة للدستور. وإنما تتحقق دستوريته بموافقتها لأحكامه وتقيدها كذلك بمقاصدها.

ذلك أن ما ينبغي أن يركز القضاء عليه، ليس ما إذا كان المشرع قد صاغ القاعدة القانونية متوخيا بها تحقيق غرض يناقض الدستور، وإنما يتعين أن يدور تساؤلهم حول ما إذا كان لهذا الغرض دور في تكوين هذه القاعدة<sup>(٣)</sup>. ويفترض دوما أن للغرض غير المشروع دور في المحصلة النهائية للقاعدة القانونية، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك.

ذلك أن مجرد مجاوزة السلطة التشريعية لأغراض توخاها الدستور، بصمها بإساءة استعمال سلطاتها، وعلى الأخص من خلال الطريقة التي اختطتها لنفسها لإقرار القاعدة القانونية التي أثر في تكوينها غرض غير مشروع، وهو ما يعتبر كافيا لإبطالها، ولو كان

(١) الغرض المنفرد أو المهيمن، لا يلحق عادة الأعمال التشريعية للتطبيقية، وإنما يطبق بالقرارات الفردية التي تصدرها الإدارة.

(٢) Paul Brest, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, the Supreme Court Review. 1971, pp. 95-131.

(٣) Paul Brest, footnote page 119.

تطبيق هذه القاعدة كافلا تحقيق بعض المنافع للمخاطبين بحكمها، وكانت الفائدة العملية من تطبيقها، تربو سوءاتها.

ذلك أن الأغراض النافعة للقانون لا تنفى سوء استعمال السلطة باعتبارها عيبا لا يجوز الخلط في تحققه بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية.

ودليل ذلك أن المشرع وإن تعين أن ينظر في النصوص القانونية التي يبحثها حتى لا يقر منها إلا ما يكون مفيدا بوجه عام للمخاطبين بأحكامها، إلا أن ما يعتبر من منظور قضائي صحيحا من النصوص القانونية، ينحصر في تلك التي توافق الدستور. ومن ثم لا تتحدد دستورية القانون على ضوء الفائدة التي يجنيها المخاطبون بأحكامه.

وينبغي بالتالي أن يعمل المشرع على إقرار النصوص القانونية التي توافق نصوص الدستور في شكليتها وأسمها وغاياتها، وإلا تعين إبطالها بغض النظر عن نتائجها على صعيد مصالح الناس في مجموعهم. فضلا عن أن إقرار المشرع لقوانين مخالفة في أغراضها لنصوص الدستور في غاياتها، مؤداه أن هذه الأغراض كان لها وزن في تحديد مضمونها، وأن تعيبها على هذا النحو يكفي لإبطالها، ولو قارنتها بعض الآثار التي أفاد المواطنون منها.

المبحث الثامنالطبيعة القضائية والإحتياطية لعيب إساءة استعمال السلطة

٩٤١- تتلاقض النصوص للقانونية الدستور من أوجه ثلاثة ترتبها على النحو الآتي، وبمراعاة أن ترتبها فيما بينها لا يعنى نكرجها وعلو بعضها على بعض. وإنما يقصد بترتيبها تقديم بعضها على بعض فى مجال الرقابة الدستورية التى تتولاها الجهة القضائية.

ذلك أن هذه الجهة لا تخوض فى عيوب النصوص القانونية دفعة واحدة، ولكنها تبدأ بالنظر فى المطاعن الشكلية للنصوص القانونية. فإذا تبين لها أن هذه النصوص لا يخالطها شمة عوار مرده إلى الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيها، كان عليها أن تتناول بعنذ عيوبها الموضوعية للتحقق مما إذا كان القانون مخالفاً لنصوص الدستور فى محتواها الموضوعى. فإذا ظهر لها براءة القانون من كل عوار من طبيعة موضوعية، تعين عليها عندئذ، وعندئذ فقط أن تنظر فيما إذا كان هذا القانون منطوباً على تجاوز السلطة.

وتقدم بعض صور مخالفة الدستور على غيرها، ليس قرين التحكم، ولا هو تعبير عن التسلسل، وإنما نتقدم بعض أوجه العوار التى تقارن النصوص القانونية على بعضها فى إطار علاقة منطقية، وعلى ضوء طبيعة المخالفة الدستورية.

فتحقق الجهة القضائية من استيفاء الأوضاع الشكلية التى يقتضنها الدستور من المشرع أو تخلفها، يتصل بوجود النصوص القانونية ذاتها. ذلك أن النصوص القانونية التى لا يصحبها المشرع فى قولها الشكلية التى ينص عليها الدستور، كالموافقة على قانون بغير الأغلبية اللازمة لإقراره، أو كإصدار رئيس الجمهورية لقرار بقانون بما يجاوز حدود الاختصاص المقرر له دستورياً فى هذا النطاق، أو كإغفال استيفاء المراحل المختلفة التى يتطلبها الدستور فى العملية التشريعية كإقترح القوانين وإقرارها وإصدارها، كل ذلك يعتبر عيباً شكلياً ينال من النصوص القانونية، ويفقدها مقوماتها، وينعدم به وجودها، فلا تكون لها شمة حياة على صعيد العلائق القانونية، لتعامل هذه النصوص باعتبارها مواتاً ولا قيمة لها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال قاعدتين كالتى:

أولهما: أن المطاعن الشكلية فى النصوص هى التى تقوم فى مبناها على مخالفة النصوص القانونية لأوضاع إجرائية تطلبها الدستور فيها، سواء فى ذلك ما كان متصلاً بإقترحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً

بالمشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية، أو بتقويض منها.

ثانيتهما: أن استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية، سابق بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية. ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم أصلاً إلا بها، ولا يكتمل وجودها في غيبتها.

ومن ثم صح القول بأن خوض المحكمة الدستورية العليا في عوار موضوعي، يفترض اكتمال وجود النصوص المطعون عليها، وينحل بالتالي قضاء ضمناً بصدور هذه النصوص وفق الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها<sup>(١)</sup>.

٩٤٢- وسواء تعلق الأمر بمخالفة النصوص القانونية لأوضاع شكلية تتطلبها الدستور فيها، أو بمضمون قاعدة فيه، فإن هذين العيبين لا يعتبران بالضرورة عيبين قصديين. ذلك أن الرقابة على الدستورية تشملهما، سواء كان المشرع قد قصد الوقوع في المخالفة الدستورية وتعتمدها، أم كان قد دخل فيها إهمالاً أو خطأ، ليكون الوقوع فيها عرضاً، لا قصداً.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الرقابة على الدستورية تتناول بين ما تشمل عليه- الحقوق التي كفلها الدستور وأهدرها المشرع، سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً، أم كان قد وقع فيها عرضاً<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك الطعن في النصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن هذا الطعن ينحل عيباً غائياً مرده إلى خروج المشرع على أغراض يكفلها الدستور. ويتمحض هذا الطعن كذلك عيباً قصدياً على تقدير أن مجاوزة السلطة هي إساءة استعمالها، ولا يتحقق سوء الاستعمال بغير إرادة جازمة يبطنها المشرع أو يظهرها، متوخياً بها تحقيق أغراض تتناقض قواعد الدستور في مقاصدها الكلية. فإذا نقض المشرع هذه المقاصد وحرفها عن وجهتها في النصوص القانونية التي أقرها، تعين القول بمخالفتها للدستور.

ولا شبهة كذلك في أن الطعن بمجاوزة السلطة يعتبر -في كل صورته- عيباً احتياطياً لا تنفر إليه الجهة القضائية قبل التحقق من خلو القانون من كل عوار آخر. وهو بذلك ملاذ أخير

(١) القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٢/١١/٧ -قاعدة رقم ٦/٥ -ص ٥٠-٥١ - من المجلد الثاني من الجزء الثاني من أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢/٢٠ -ص ٣٥٢ من الجزء السابع من أحكام المحكمة

يعتصم به المضررون من النصوص القانونية إذا تعذر عليهم تجريحها من جهة مخالفتها لنصوص الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية.

٩٤٣- ومقاصد المشرع من القواعد القانونية التي يقرها، هي التي يتعين أن تستجيبها الجهة القضائية بغیر تردد يقدها عن الخوض فيها. ذلك أن بحثها لا يتوخى الفصل فيما إذا كان المشرع قد أدخل في اعتباره كافة العوامل التي كان يجب أن يدركها ويبصرها في تنظيمه لموضوع ما. وإنما تنحصر مهمة الجهة القضائية التي تفصل في سوء استعمال السلطة، فيما إذا كان المشرع، قد صاغ القاعدة القانونية على ضوء غرض غير مشروع أثر في تكوينها. وتلك مهمة تقابل الجهة القضائية من خلالها بين أغراض تشريعية وأغراض دستورية، لتحدد على ضوء هذه المقابلة منطقة التعارض أو للتوافق بينهما.

وكلما كان للغرض غير المشروع دور في تكوين النصوص القانونية المطعون بمخالفتها للدستور، تعين إبطالها، ولو لم يكن هذا الغرض قد أحاط بالنصوص القانونية بتمامها، وإنما أثر في بعض جوانبها.

وليس شرطاً بالتالي أن يكون الغرض غير المشروع، غرضاً رئيسياً يؤثر بصورة جوهرية في النصوص القانونية ويوجهها نحو تحقيقه، ولا أن يكون غرضاً وحيداً يحيط بها من كل أقطارها ويتسرب إلى كل جزئية فيها.

### المبحث التاسع

#### أغراض الدستور بين تميمها وتخصيصها

٩٤٤- قررت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها، أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية، فإن لها أن تباشر اختصاصاتها التقديرية دون تدخل من الجهة القضائية التي لا يجوز لها أن تناقشها في السياسة التي انتهجتها في موضوع معين، ولا أن تخوض في ملازمة تطبيقها عملاً، ولا أن تتحل للنصوص القانونية التي تبنتها غير الأغراض المقصودة من إقرارها، ولا أن تحل خياراتها محل البدائل التي تبنتها السلطة التشريعية التي يكفيها أن تمارس اختصاصاتها وفق أغراض يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها لنفسها، مرتبطة عقلاً بها<sup>(١)</sup>.

ولا شأن للجنة القضائية بالتالي بما هو مشروع من أغراض السلطة التشريعية التي تبلور مقاصدها من النصوص القانونية التي أقرتها. ولا كذلك ما لا يأذن به الدستور من أهدافها. ذلك أن توخيها تحقيق غرض غير مشروع، يعتبر انحرافاً منها في مباشرة سلطتها<sup>(٢)</sup>.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يتصل بتقدير ملازمة إقرارها، ولا بالحكمة من تبنيها، ولا ببواعثها، إلا أن ذلك يفترض بالضرورة ألا تكون الأغراض التي يستهدفها المشرع منافية لمقاصد الدستور؛ سواء في ذلك تلك التي تتصل بالمفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، أو بالمفهوم المخصص لأغراض بذواتها .

فقد لا يخول الدستور السلطة التشريعية حق فرض رقابة على وسائل الإعلام، إلا بشرطين: أولهما: أن تكون رقابة محدودة، وثانيهما: أن يكون هدفها منها صون الأمن الاجتماعي، ليكون ضمان هذا الأمن غرضاً مخصصاً حدده الدستور.

وقد يكفل الدستور حرية إجراء البحوث العلمية، ويخول السلطة التشريعية اتخاذ الوسائل اللازمة لدعم قاعدتها وتوسيعها وتشجيعها. ومن ثم يكون هذا الغرض المخصص في نطاق البحوث العلمية، قيداً على سلطته في شأن كل تنظيم يتناولها.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤/٣٤ ص ٤٩٤ من الجراء السادس.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - القاعدة رقم ٦/١٤ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس



وقد يكفل الدستور حرية العقيدة، ويمنع الدولة من التدخل لمناصرة عقيدة بعينها إضرارا بغيرها. وعندئذ يكون الدستور قد حدد للسلطة التشريعية أغراضا بذواتها فى مجال حرية اعتناق الأديان، ومنعها من التدخل على نحو يؤجج الصراع بينها. وذلك غرض مخصص حدد الدستور مضمونه ومداه.

وقد يحظر الدستور إعلان الأحكام العرفية إلا بقانون، وبقصد صون الأمن والنظام. وعندئذ يكون إعلان السلطة التشريعية لها مقيدا بعدم انحرافها عن هذا الغرض المحدد، ليبطل القانون الصادر عنها إذا جاوزه.

فى كل هذه الفروض، نحن أمام دائرة بعينها حدد الدستور نطاق التدخل التشريعى فيها من جهة تحديده للأغراض التى يتعين أن تستهدفها هذا التدخل.

ولئن جاز القول بأن الدستور قلما يحدد أغراضا بذواتها يلزم بها السلطة التشريعية، ويجعلها محورا لعملها فيما نقره من القوانين فى إطار هذه الدائرة؛ إلا أن ندره النص عليها فى الدستور لا يعنى استبعادها كأغراض بذواتها يتعين أن تستهدفها السلطة التشريعية. فإذا نصبتها أو جاوزتها، دل ذلك على انحرافها عن سلطتها، وتعين إبطال كل قانون تقضى أو جاوز الغرض المخصص بالدستور.

وليس ثمة فارق بالتالى، لا فى الطبيعة ولا فى الدرجة، بين خروج السلطة التشريعية على المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين فيما نقره من القواعد القانونية؛ وبين تعمدتها الخروج على صور بذواتها من الخير العام حدها الدستور لها، وألزمها بأن تتخذها غاية وحيدة لها على وجه التحديد.

ذلك أن المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، هو المصلحة العامة فى ثوبها الفضفاض، ومفهومها الأوسع. وعلى نقيض ذلك الأغراض المحددة التى يرسمها الدستور للسلطة التشريعية فى دائرة بذاتها من تشريعاتها، ذلك أن هذه الأغراض تبلور المفهوم الخاص لصور بذواتها من الخير العام لا يجوز لهذه السلطة أن تعمل على خلافتها.

ومن ثم تكون المصلحة العامة هى المفهوم الأعرض لاستعمال السلطة التشريعية، والغرض المخصص هو المفهوم الأضيق للمصلحة العامة التى يتعين على هذه السلطة التقيد به. ومجاوزتها للغرض الأعرض أو الأضيق للمصلحة العامة، يبلور فى الحالتين - انحرافا فى استعمال سلطتها.

٩٤٥- ولا يجوز القول بالتالي بأر خروج السلطة التشريعية على الغرض المخصص لها بنص في الدستور في مسائل بعينها، هو مخالفة مباشرة لهذا النص من شأنها إلغاء المفاضلة التي تجريها بين البدائل، ويجعلها أمام خيار وحيد هو العمل على تحقيق الغرض المخصص، والمحدد بنص في الدستور. ومن ثم تكون سلطتها في نطاق تحقيق هذا الغرض، مقيدة لا تقديرية. غير صحيح وذلك لأمرين:

أولهما: أن إساءة استعمال السلطة تعتبر عيباً غائياً يشمل كل صور الخروج على المصلحة العامة سواء في مفهومها الأشمل أو في مفهومها الخاص.

ثانيهما: أنه حتى مع تخصيص الدستور لأغراض بذواتها، وحمل السلطة التشريعية على تبنيها؛ إلا أن اختيار الوسائل الأفضل لتحقيق هذه الأغراض، لازال بيد السلطة التشريعية، وواقعاً في حدود سلطتها التقديرية. وهذه الوسائل هي النصوص القانونية التي تراقبها الجهة القضائية للتحقق من ارتباطها عقلاً بتلك الأغراض أو مجاوزتها لها.

### المبحث العاشر

#### العلاقة بين إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها

##### وبين الواقعة التي وجهتها لتنظيم موضوع معين

٩٤٦- وغير صحيح كذلك القول بأن مجاوزة السلطة التشريعية لغرض معين حده الدستور لها في موضوع ما، مؤداة انفصال تشريعاتها عن سببها، بما يبطلها لبطلان سببها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن من المفترض في كل قانون يصدر عن السلطة المختصة بإقراره، أن يفرغ في الأشكال التي نص الدستور عليها، وأن يتقيد بمضمون قواعد الدستور، وأن يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها.

وفي حدود هذه الدائرة وحدها، يتحدد موقع القانون من مخالفة الدستور أو من الاتفاق مع أحكامه.

وشمة فارق كبير بين واقعة توجه السلطة التشريعية إلى التدخل، وبين أثر هذا الواقعة في تكوين نصوص القانون وتحديد صورتها النهائية. ففوق اضطراب يخل بالأمن العام، واقعة تخول السلطة التنفيذية التدخل لقمعه. بيد أن التدابير التي تتخذها لتحقيق هذه الغرض قد تخالطها الأهواء، ولا يكون صون النظام العام بالتالي ملحوظا فيها، لتبطل هذه التدابير التي وجهتها أصلا واقعة لا شبهة في مشروعيتها.

كذلك فإن كل كارثة من طبيعة عامة، تخول السلطة التشريعية إعلان حالة الطوارئ لمواجهتها. إذا كان من شأنها الإخلال بالأمن أو النظام العام. بيد أن السلطة التشريعية قد تستمر وراء إعلان هذه الحالة، لاتخاذ تدابير تجاوز نطاقها وتريد على متطلباتها، لتكون التدابير الزائدة مخالفة للدستور.

(١) كالقول بأن ما تنص عليه المادة ١٥ من دستور ١٩٢٢ من أن الصحافة حرة في حدود القانون، وأن أية صحيفة لا يجوز إنذارها أو وقفها أو إلخاؤها إداريا إلا إذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعي، مؤداة أن الدستور حدد أغراضا بذواتها على السلطة التشريعية ألا تعيد عنها، وإن استهدفها هذه الأغراض يعتبر سببا لتدخلها، فإذا جاوزتها بالنصوص القانونية التي أقرتها، تبطل إبطالها لبطلان سببها. أنظر في ذلك رسالة الدكتور عبد العظيم عبد الحميد إبراهيم شرف -عنوانها المعالجة التشريعية والسياسية للانحراف التشريعي- ص ١٧٩ إلى ٢٠٣ طبعة ٢٠٠٢.

بما مؤداه أن لكل واقعة أثر في توجيه المشرع إلى التدخل لتنظيم موضوع ما. بيد أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم، هي التي تبين ما إذا كان متققاً أو مختلفاً مع الدستور.

وكذلك الأمر في سوء استعمال السلطة. ذلك أن مضمون النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية في مجال تنظيمها لموضوع معين، قد تكل على وجه انحرافها في استعمال سلطتها التشريعية من خلال تكبها لغرض مخصص حدده الدستور لها، أو مجاوزتها للمصلحة العامة في ثوبها الأعم، بما يؤكد انحرافها في الحالتين عن وظائفها.

ومن ثم تنفصل الواقعة التي تحمل المشرع على التدخل، عن مضمون النصوص القانونية التي يقرها بمناسبة هذه الواقعة ذاتها، وعن حقيقة الأغراض التي يتوخاها.

فالهجوم من صحيفة على أحد المسؤولين عن العمل العام، يظل مضمولاً بالحماية الدستورية، ولو كان هذا الهجوم مريراً. ولا يجوز بالتالي أن تشكل هذه الواقعة مضمون النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع حرية التعبير، وإلا تعين تعييبها بمخالفة الدستور.

### المبحث الحادى عشر

#### خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية

٩٤٧- حددت المحكمة الدستورية العليا هذه الخصائص بقولها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض فى عملها، بل يعتبر مثلبا احتياطيا وعبيا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه وثيا بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستئارا بالتالى وراء سلطتها فى مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافا عنها<sup>(١)</sup>.

وقد كانت المحكمة العليا أسبق من المحكمة الدستورية العليا فى تعييبها للنصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن حكمها فى القضية رقم ٣ لسنة ٣ ق عليا "دستورية" خاض فى نوايا المشرع، ومقاصد الذين أعدوا مشروع القانون المطعون عليه، والحقائق العلمية والعملية التى قام عليها، منتها من ذلك إلى خلوه من إساءة استعمال الوظيفة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

٩٤٨- وقد قابل الفقيه الكبير الدكتور السهنورى بين سوء استعمال الحق، وسوء استعمال الوظيفة الإدارية، وسوء استعمال الوظيفة التشريعية. وقرر الفقيه الجليل أن النصوص القانونية وإن تعين ضمان استقرارها حتى لا ترزعها عيوب تثير شكا فى مطابقتها للدستور، إلا أن حماية الدستور أولى.

وقرر هذا الفقيه كذلك أن لكل دستور أغراضا يتوخاها، فإذا خالفها نصوص قانونية تعين إبطالها. ومن ذلك أن يلى المشرع النصوص القانونية بما يناهى حقيقتها بأن يصبها فى شكل قواعد مجردة لا تستند موضوعها بمجرد تطبيقها عليها، حال كونها موجهة لحالة بذاتها، فلا يبقى بعد تطبيقها عليها مجال لعملها<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق. "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - للقاعدة رقم ٥/٨٩ - ص ١٢١٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم (٣) لسنة ١٨ ق. عليا "دستورية" التى رفعت صحتها إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٧٢/٤/٢٣، والتى طعن فيها على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء قرارات وزير التعليم بمعادلة شهادة المساحة بشهادة القنون والصلاب نظام حديث.

(٣) انظر فى ذلك مقالة كتبها الدكتور السهنورى فى مجلة مجلس الدولة - السنة الثانية - تحت عنوان "الإحراف فى استعمال السلطة التشريعية".

٩٤٩- والأصل في المشرع أن يحرص على صون حقوق المواطنين وحرياتهم، وألا ينال منها متخفيا وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها في الدستور، أو من مظاهر هذه الولاية المسلم بها، ولو لم يرد نص بها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة التشريعية من اختصاصها في تنظيم الحقوق ستارا لإخفاء نواياها في الخروج بهذا التنظيم عن حقيقة الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها. فاضطهادها بعض الأعراق، وإثابتها بعض الأضرار، وإرهاقها لبعض الممولين، وإيهابها لتكلفة شروط العمل بقصد تعويق الحق فيه، وتحديد شروط القبول في المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام. لا يجوز أن يكون هدفا لها. ذلك أن مثل هذه الأغراض لا يحميها الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تتناقض القيم التي احتضنها، وتخل بالأغراض التي يتوخاها في مجال تنظيم الحقوق.

ثانيهما: أنها في حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحرياتهم تستتر بالحق في تنظيمها، وتوخى قمعها أو إصابتها بأفدح الأضرار تحقيقا لمسياسة ملتوية تخرج بها السلطة التشريعية عن حقيقة وظائفها التي تلزمها بأن تتجرد في كل قاعدة قانونية تقرها، عما يعتبر تلهيا أو تشهيا أو تسليطا بغير الحق حتى تتحرر مقصدها من كل التواء يشينها.

وتلك منطقة لا يجوز في إطارها أن تعمل السلطة التشريعية على الإضرار بغرقاء لا تصليفيهم، ولا أن تعدد إلى الإخلال بالتوازن بين المزايا التي ترتبها القاعدة القانونية، والأضرار التي تنجم عنها، لتزيد تكلفتها على فائدتها من خلال اللوايا التي تبطنها، والتي ترد على القواعد التي ألقتها بالنظر إلى تأثيرها في محصولها النهائي.

وهو ما يجعل الأغراض التي تتوخاها القواعد القانونية، أحد الضوابط الفصل في موافقتها أو مخالفتها لأغراض كفلها الدستور.

ومن ثم صرح القول بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، يعتبر عيبا غائبا وقصديا في آن واحد.

(١) الأستاذ الدكتور/أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - مكتبة النهضة العربية ١٩٦٠ - مباحث ص ٥٩٢.

واعتباره عيبا غائيا. مؤداه مجاوزة السلطة التشريعية قصدا لأغراض يضمنها الدستور. ومن ثم كان عيبا مقصودا يرتبط بحقيقة الأغراض التي توختها فعلا. كذلك فإن النظر إلى سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا، مؤداه ألا تخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور الموار جميعها التي ترتد في ضابطها العام إلى الأوضاع الشكلية والشروط الموضوعية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية.

فإذا قام واحد منها، كان ذلك كافيا لنقض القانون<sup>(١)</sup>. ذلك أن اتهام السلطة التشريعية بسوء استعمال سلطتها أمر جد خطير يغاير خطأها في فهم الدستور. ويتعين بالتالي أن يؤخذ القول بانحرافها في استعمال سلطتها بقدر كبير من الحذر، لا لأن السلطة التشريعية فوق الدستور، إذ هي دونه بيقين، وإنما لأن من المفترض فيها أن تعمل وفق أحكامه، وعلى ضوء الأغراض التي يتغياها، فلا تتفصها بما يجعل نواياها عبئا على الدستور.

(١) فإذا طرد المشرع خصوم الحكومة بالنظر إلى مضمون الآراء التي يعبرون بها عن مناهضتهم لها، كان ذلك إخلالا بحرية التعبير يتقدم انحرافها في استعمال السلطة.

### المبحث الثاني عشر

#### إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد

٩٥٠- وتترع السلطة التشريعية بحريتها في التقدير، لا يناقض إمكان انحرافها في استعمال سلطتها. ذلك أن التقدير غير التحكم، والتعقل غير التسلط.

فالتقدير مفاضلة بين بدائل يفترض فيها جميعها أنها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين، وأن المشرع اختار أنسبها لهذا التنظيم، وأحراها بتحقيق أكثر المصالح العامة نقلاً.

ومن ثم كان تنظيم المشرع مسائل بعينها، غير مقصود بالنظر إلى نواتها، وإنما لتحقيق المصلحة التي يستهدفها المشرع، بافتراض اتصالها بتحقيق وجه من أوجه الخير العام.

فلا تكون الوسائل غير بدائل منطقية لتحقيق أغراض بنواتها تنفيهاها، ولا تكون المشروعية إلا وصفا جامعا بين الوسائل وأهدافها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحا من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وأن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل في منتهاه إلى إهدار الحقوق التي تناولها، ولا أن يرهق محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها<sup>(١)</sup>.

٩٥١- إذ كان ما تقدم، فقد تعين إهدار القول بأن السلطة التقديرية للمشرع جوهرها الإطلاق. ذلك أن حدها مشروعية الوسائل التي يعتمد المشرع عليها في مباشرة هذه السلطة، ومشروعية الأغراض التي تتوخاها هذه الوسائل، وقيام صلة منطقية بين هذه الوسائل وتلك الأغراض.

فإذا اختار المشرع من بين الوسائل التي يفاضل بينها، ما هو غير مشروع أصلا كمصادرة آراء بالنظر إلى مضمونها، أو كان المشروع قد اتخذ لتحقيق غرض مشروع كصون الأمن - وسيلة لا جدال في مخالفتها للمستور، كفضز الرسائل البريدية بغير إذن

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ و دستورية جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ -القاعدة رقم ١٣/١٢ الجزء الثامن -ص

١٦٩، والقضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق -دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -القاعدة رقم ٢/١٠٣ ص

١٣٤٨ من الجزء الثامن. والقضية رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق -دستورية- جلسة ٤/٥/١٩٩٦ -القاعدة رقم ٤٣

١٥، ص ٥٧٤ من الجزء السابع



قضائي، أو كان هذا البديل أكثر إرهاقا للمخاطبين بالقانون، خرج المشرع في ذلك كله عن حدود سلطته التقديرية

وقد تنظم السلطة التشريعية حق الأشخاص في الاجتماع -وهو تنظيم مشروع أصلا- وتختار لإجراء هذا التنظيم وسائل منطقية غير مخالفة للدستور بقصد تحقيق أغراض لا يتسامح فيها، كمطاردة بعض الخصوم وتعقبهم، وعندئذ يكون خروج المشرع على حدود وظيفته وإساءته استعمال سلطتها، ثابتا يقينا.

ويتعين بالتالي التمييز بين أغراض مشروعة تستهدفها السلطة التشريعية. وهذه لا شأن للجهة القضائية بها، وبين أغراض لا يأذن الدستور بها، ولكن السلطة التشريعية فتننتها بتشريعاتها انحرافاً منها عن الحدود المنطقية لولايتها.

### المبحث الثالث عشر

#### إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية

٩٥٢- تنور إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها -وجودا وعمدا- مع حقيقة الأغراض التي تستهدفها فيما تقره من القواعد القانونية. فما كان منها كغلا الغرض المخصص المحدد بنص الدستور، استقام في منطق الشرعية الدستورية. فإذا لم يحدد الدستور شمة غرض من هذا القبيل ، ولكن المشرع جاوز حدود المصلحة العامة بمفهومها الأشمل، فإن تشريعه يكون باطلا لخروجه على الوظيفة التشريعية التي يقوم المشرع أصلا عليها.

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى إساءة استعمال السلطة لا على ضوء سياسة ثابتة تنتهجها السلطة التشريعية بوجه عام كتنبيهها سياسة التحامل ضد عرق معين، وإنما وفق كل قانون على حدة، إذ يؤخذ هذا القانون وحده، وينظر إلى الأغراض التي وجهته وحددت محتواه. وهذه الأغراض وحدها التي قصد المشرع إلى تحقيقها، هي التي نقف عندها في مجال الفصل في سوء استعمال السلطة.

ومن ثم تتصل هذه الأغراض بالنوايا التي أبطنها المشرع، وعبر عنها من خلال النصوص القانونية التي أقرها في شأن موضوع محدد قصد إلى تنظيمه. ولأن هذه النوايا تتصل بالإرادة الباطنة، ولعما يفصح المشرع عنها، فإن الدليل عليها، لا يقوم إلا من مظاهر خارجية تشهد بها وتفضي إليها. ويندرج تحتها القرائن الظرفية التي تدل عليها حتى ما كان منها سابقا على إعداد النصوص القانونية المطعون عليها بمجاوزة السلطة، بشرط أن تدل الأوضاع السابقة على إقرارها، على الخلفية التي حددت لهذه النصوص وجهتها، أو على الأقل على الجو العام الذي أحاط بها وألهمها حقيقة مضمونها.

ولا يجوز من ناحية أخرى الخلط بين مفهوم إساءة استعمال السلطة، وبين عدوان المشرع على حقوق المواطنين وحريتهم من خلال تنظيمها. ذلك أن الدستور إذ يعهد إلى المشرع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يخلو المشرع أكثر من بيان الحدود المنطقية التي يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور. فإذا تغول المشرع عليها سواء بإهدارها أو بانتقاصها من أطرافها، جاوز بذلك حدود سلطته في تنظيمها. وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور.

يؤيد ذلك أن هذه المخالفة المباشرة لنصوص الدستور تتحقق، ولو لم يكن المشرع حين أقر النصوص القانونية المعيبة سبب النية، بل كان خطؤه راجعا إلى عدم فهمه لنصوص الدستور على صحيح وجهها.

ولئن كان الأصل فى سلطة المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذه السلطة حددها قواعد الدستور التى لا تجبر العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم التى كفلها سواء من خلال هدم نواتها أو الحد من نطاق الانتفاع بها.

وسواء كان الانتقاص من الحرية أو الحق جسيما أم كان محدودا، فإن هذا الانتقاص عدوان على الحماية التى تصورها الدستور وكفلها لهذا الحق أو لتلك الحرية. وهذه الحماية هى التى يحرص الدستور عليها ليعطى حقوق المواطنين وحرياتهم قيمتها الحقيقية.

٩٥٣- بيد أن تنظيم المشرع للحق أو الحرية قد يوقعه فى حماة سوء استعمال السلطة، إذا توخى المشرع من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع. وهو غرض يتعين أن يكون قد تعدده، وأن يدل على سوء نواياه.

وحتى لو ألبس المشرع قانونا ألفه ثوبا من المصلحة العامة، فإن إخفاء الأغراض الحقيقية التى توخاها، لا يجوز أن يحول دون تحريها، ليبطل القانون بقدر خروجه على الأغراض التى يلتبسها الدستور. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال القوانين التى تقرها السلطة التشريعية فى شكل قواعد مجردة لتستر تعلقها بأشخاص بذواتهم تقصد إلى الإضرار بهم أو تتوخى منحهم مزايا لا يستحقونها.

ولئن كان من المفترض فى السلطة التشريعية هو تجردها ونزاهتها، وعلوها بالتالى على الصفائر التى تدفعها إليها الأهواء الشخصية ميلا أو ضعفة، إلا أن هذه الأهواء قد تحرفها عن رسالتها وتوجه وتطبيقها إلى غير الأغراض التى يقتضيتها الدستور منها، ليسقط بالتالى افتراض مطابقتها للدستور.

٩٥٤- ولأن مجاوزة السلطة يتصل فى الأعم بالنوايا التى أضمرها المشرع وحدد على ضوئها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان؛ وكان المشرع قلما يعلن عن نواياه الحقيقية التى غلفها بالنصوص القانونية الظاهرة صحتها، إلا أن تعمقها يظل واجبا على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غاية الأمر بشأنها. ويقوم واجبا فى ذلك لا من خلال النظر فى ظاهر هذه النصوص -بإدراك الغرض أن المشرع أخفى نواياه الحقيقية بشأنها وألبسها غير ثوبها الدال على حقيقة وجهتها- وإنما عن طريق النظر فى كافة الأوضاع التى لا يستها ما كان منها سابقا عليها، أو معاصرا لخلقها، وما اتصل بها من حوار داخل السلطة التشريعية ذاتها بالرجوع إلى مضابطها، وما استقام من كافة القوانين التى تنمى بنوايا المشرع التى لأطنها.

ويتحقق ذلك على الأخص بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها، مصحوبة بالأغراض السياسية الانتهازية التي تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها<sup>(١)</sup>، والمجلة المريبة في تمريرها، والهدف على سرعة إصدارها، وأقوال المسؤولين الذين برروها بها، وبطريقة تنفيذها، وغير ذلك من ظروف الحال التي تدل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد تداعي الأحداث، أن المشرع خلط الأغراض المخالفة للدستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص القانونية التي أقرها، ما عجز علانية عن إنفاذه.

وقد يعتمد المشرع إلى انتهاج سياسة بعينها في نطاق قوانين متعاقبة أقرها لتنظيم موضوع معين، لتحيط هذه السياسة بتلك القوانين جميعها بما يجعلها خارجة من رحمها وموصومة بها في كل حلقاتها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن تنظيم العلاقات الإيجارية -بالصيغة التي أفرغ النص المطعون عليه فيها- ليس إلا حلقة في اتجاه عام تنهه المشرع أمدا طويلا في إطار من مفاهيم جائزة يستحيل تبريرها منطقيا، ولو أجد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها. وكان ذلك بكل المقاييس ظلما فادحا لمؤجرين ما درج المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، متدثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها حدود الضرورة التي أملت<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك النزعة الميليسية الانتهازية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ المعدل للمادة ١٢١ من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والذي ألقى بكثير من أساتذة الجامعة في عرص الطريق.

(٢) القضية رقم ١٤٩ لسنة ٨ قضائية -دستورية- جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٥- ص ٩٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن

### المبحث الرابع عشر

#### الأهمية الحقيقية لعيب إساءة استعمال السلطة

٩٥٥- لئن قررت المحكمة الدستورية العليا - المحكمة العليا من قبلها - بأن لنصوص القانونية يجوز تعييبها بإساءة استعمال السلطة، إلا أن الطبيعة الاحتياطية لهذا المطن، نقل كثيرا من أهميته العملية. وهو ما يظهر على الأخص من ناحيتين:

أولاهما: أن المخالفة للمباشرة لنصوص الدستور، سواء من جهة مجاوزة الأوضاع الشكلية التي فرضها الدستور على المشرع فيما يقره من القوانين، أو من جهة اتفاق مضمونها، ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوما الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستلهمها المشرع فيما يقره من القوانين.

ثانيتهما: أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيرا ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة في الدستور، بما يجمعهما ببعض في آن واحد، ليكون القانون - في مضمونه - مخالفا للدستور ومثوبا في الوقت ذاته بسوء استعمال السلطة.

فالقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التي كفلها الدستور، وكذلك من جهة توخيها لغرض غير مشروع. مثلها في ذلك مثل القيود التي يرق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من المواطنين من ولوج لاجتماع معين أو لإرهابهم حتى لا يدخلوه.

ذلك أن هذه القيود تناقض للدستور من جهة مساسها بجوهر هذه الحرية وانتقاصها لها من أطرافها. وهي كذلك مخالفة للدستور من جهة أن السلطة التي أقرتها خالطها غرض غير مشروع تحدثت به بواعثها في تنظيم هذه الحرية.

وكذلك الأمر في شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها العلوان على أيهما، بغرض غير مشروع.

وحتى في الأحوال التي تخرج فيها السلطة التشريعية على وظائفها خروجا فاضحا كاتهامها بعض السياسيين بمقاومة الثورة أو العمل على خالف مبادئها، وإقرارها لقانون يعاقبهم على هذه الأفعال، ولو لم يكن الجزاء عليها جنائيا؛ فإن هذا القانون - وإن توجه لتحقيق أغراض لا يحميها الدستور - إلا أنه يعتبر مخالفا لمباشرة لنص المادة ٦٦ من الدستور التي تحظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، ولو لم تكن هذه العقوبة من طبيعة جنائية، بل جزء لا يتوافر فيه خصائصها.

ومن ثم نتقدم هذه المخالفة، سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتصدق هذه الملاحظة كذلك إذا صدر قانون اتخذ شكل قواعد مجردة في الوقت الذي تنصرف فيه هذه القواعد إلى أشخاص معينين بذواتهم قصد المشرع إفادتهم أو غمط حق نهم من خلال النصوص القانونية التي أقرها في صورة مجردة .

ذلك أن صدور القانون على هذا النحو، ينطوي على مخالفة مباشرة لنص المادة ٦٨ من الدستور<sup>(١)</sup> وهي مخالفة تكفي وحدها لإبطاله، ولو كانت الأغراض التي لا يسته وأثرت في تكوينه، مخالفة للدستور<sup>(٢)</sup>.

ويتعين القول بالتالي بأن نصوص القانون المطعون عليها بمجاوزة السلطة، والتي يشوبها خروج مباشر على نص في الدستور شكليا كان أو موضوعيا- لازما أن نتقدم بالمخالفة المباشرة لهذا النص، الفصل في إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها.

فالقانون الذي يجيز مصادرة الصحف التي تمس بهيبة أو باعتبار بعض المسؤولين في مجال انتقاد طريقة أدائهم للعمل العام، يناقض بصورة مباشرة حرية التعبير التي كفل الدستور أصلها، ويكتسب كذلك بغرض غير مشروع ، إذ لا صلة لهذه المصادرة بأمر يتصل بالسلامة العامة أو بالأمن القومي وهما غرضان حددتهما المادة ٤٨ من الدستور لجواز فرض رقابة محدودة على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام عند إعلان حالة الطوارئ أو في زمن الحرب، ولكن المخالفة المباشرة لحرية التعبير، تتقدم بالضرورة مجاوزة السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتدخل المشرع في وسائل البحث العلمي أو في أعمال الإبداع بما يرهقها، غرض غير مشروع. بيد أن هذا التدخل يستحيل أن يتحقق بغير الإخلال بحق المواطنين في المباشرة الحرة لبحوثهم العلمية أو لأعمال الإبداع على اختلافها. وتلك مخالفة مباشرة لنص المادة ٤٨ من الدستور نتقدم بالضرورة إساءة استعمال السلطة.

(١) وفقا لنص المادة ٨٦ يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع. والتشريع هو القواعد المجردة حقيقة لا شكلا.

(٢) تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن يتولى مجلس الشعب اختصاص إقرار القوانين والقوانين التي تشير اليها هذه المادة هي التي نعرع -حكامها في شكل نصوص قانونية تنسم بالعمومية والتجرد فإذا أقر مجلس الشعب قانونا في شكل قواعد عامة مجردة ثم ظهر أن حالة بذاتها أو شخصا بعينه هو المقصود بهذا القانون. فإن ذلك القانون يكون مخالفا بصورة مباشرة لحكم هذه المادة.

وإبعاد مواطن عن وطنه يناقض مباشرة نص المادة ٥١ من الدستور. فإذا كان الغرض من الإبعاد هو طرده حتى لا يؤثر قلقه في وجه للدولة، كان قرار الإبعاد مخالفا في أن واحد لنص المادة ٥١ من الدستور، ومتشحا كذلك بغير غرض المشرع لا يتقدم المخالفة المباشرة لنص الدستور وإنما يأتي بعد الفصل فيها.

وتطبيق حق المواطنين في الإجتماع على ترخيص، يناقض مباشرة نص المادة ٥٤ من الدستور، فإذا كان اشتراط الترخيص السابق على الاجتماع يتوخى أن تأذن الدولة به أو أن ترفض عقده على ضوء موقفها من المجتمعين، وما إذا كانوا يعارضونها أو يسبحون بحمدها، فإن مصادرة المشرع للحق في الاجتماع، يكون كذلك مشوبا بغرض غير مشروع يتأخر بالضرورة عن المخالفة المباشرة لنص المادة ٥٤ من الدستور.

وقس على ذلك كافة الحقوق والحريات التي يقيد بها المشرع بالمخالفة للدستور وبما يناقض الاغراض التي يتوخاها.

### الفصل السابع

#### الرقابة الدستورية على أعمال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة

#### لحقوق المواطنين وحرياتهم

٩٥٦- تنور قضية كبرى حول ما إذا كان اختصاص الجهة القضائية بالنصل فى دستورية النصوص القانونية ينحصر فى النصوص التى أوردتها المشرع فى مجال تنظيمه لموضوع معين؛ أم يندأ إلى النصوص التى أهملها، والتى لا يكتمل التنظيم القانونى للحق أو للحرية بدونها.

وتبدو أهمية هذه القضية وخطورتها من ناحيتين:

أولاهما: أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما: أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية. وتتمثل هذه الحماية فى الضمانة التى يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والتى يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها فى الصورة التى تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

وهذه الضمانة ذاتها هى التى يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التى ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات.

وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لنفسها فى مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التى لها شأن فى ضمان قيمتها العلمية.

فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التى لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضمانتها التى هيأها الدستور لها. وفى ذلك مخالفة للدستور.

٩٥٧- فحق الاقتراع المخول لكل مواطن، مؤداه أن يكون لصوته القيمة ذاتها التى منحها المشرع لغيره من المواطنين؛ وأن تتبأً اكل مواطن مكنة حقيقة يتأصل من خلالها بين المرشحين المترشحين على المقاعد التمثيلية؛ وأن ينظم المشرع زمن، ويكون الحملة الانتخابية وكيفية مباشرتها؛ بما يكفل حيديتها وإنصافها؛ وأن يحيطها بكل ضمانات تعزز مصداقيتها؛ وأن يكفل كذلك للمترشحين عليها حقوقاً يتساوون بها فى فرص الفوز بمقاعد، وعلى الأخص



من خلال تنظيم حدود الأموال التي تنفق فيها، وبيان مصادرها وأوجه إنفاقها؛ وألا يقسم المشرع الدوائر الانتخابية على نحو يكتل تمزيق أصوات المعارضين وتشتيتها.

وقد يتصور البعض أن اشتراط التنظيم القانوني لحق الاقتراع، على كافة النقاط السابق بيانها، يجعل هذا التنظيم متكاملًا، ونافيا عن مخالفة الدستور.

بيد أن هذا النظر يعتره تصور يتحصل في أن الحملة الانتخابية قد تتحور نتائجها من وجهين على الأخص:

أولهما: أن اشتراط الإشراف القضائي على عملية الاقتراع عملا بنص المادة ٨٨ من الدستور، لا يقتصر على مرحلة إدلاء الناخبين بأصواتهم في صناديق الاقتراع.

ذلك أن الحملة الانتخابية كما تعد نتائجها من خلال تزوير الأصوات التي أنلى بها فيها، فإن الناخبين قد يتعرضون قبل توجيههم إلى صناديق الاقتراع لألوان من الضغوط يبرزون تحتها مما يخل بحيديتها. وهو ما يتحقق إذا لم ينبسط الإشراف القضائي على كافة مراحل العملية الانتخابية بدءا من القيد في الجداول الانتخابية، ومرورا بطريق وصول الناخبين إلى صناديق الاقتراع، وانتهاء بمرحلة إدلائهم بأصواتهم في هذه الصناديق، ليحيط الإشراف القضائي بالعملية الانتخابية في كافة مراحلها.

ثانيهما: أن الصفة التي يدخل بها المرشحون في الحملة الانتخابية لا يجوز لهم تغييرها بعد فوزهم بالمقاعد النيابية. ذلك أن صفتهم هذه هي التي دخلوا في صراع الحملة الانتخابية على أساسها، وهي التي كانت محل اعتبار الناخبين في تحديد وجهة أصواتهم، وما كان المرشحون بالتالي ليحصلوا على مقاعدهم النيابية، لو كانت لهم صفة غيرها. ويزيد الأمر سوءا ما نراه من أن تغيير المرشحين لصفاتهم التي رشحوا على أساسها، لم يكن في كثير من الاحيان عملا فرديا بل تصرفا من كثيرين منهم قصدوا به تحقيق مغنم يلتصونها. وهي مغنم لا شأن لها بأراء جديدة آمنوا بصحتها وعيروا عقيدتهم للدخول فيها.

ومن ذلك ما شهدناه في الحملة الانتخابية الأخيرة من أن كثيرين رشحوا أنفسهم بوصفهم مستقلين عن السلطة الحاكمة وحزبها المهيمن، حتى إذا ما فازوا في الحملة الانتخابية، انقلبوا على أعقابهم، وانضموا إلى حزبها سعيا وراء مغنم يتوقعونها من وراء هذا الانضمام -وليس إيماناً منهم بمبادئ- غير عابئين بأن تغييرهم لهويتهم، هو تحويل لإرادة الناخبين التي أعطتهم ثقتها بوصفهم مستقلين، وصرفها إلى غير وجهتها الحقيقية. فلا يكون

عملهم غير تزوير لهذه الإرادة يماثل من كل الوجوه إبدال الأصوات الصحيحة بغيرها أو إسقاطها كلية.

وعدم جواز تغيير الفائز في الحملة الانتخابية للصفة التي انتخب على أساسها، هي القاعدة، سواء كان التغيير من مستقل إلى حزبي أو من حزب إلى آخر. ذلك أن الذين يدخلون في العملية الانتخابية بناء على صفة بذاتها كانت محل اعتبار الناخبين وقت إدلائهم بأصواتهم لصالحهم، يفترض فيهم أن يحتفظوا بهذه الصفة التي أدخلها الناخبون في اعتبارهم وقت انتخابهم، فإذا غيروها فيما بين جولتين انتخابيتين، صار انتخابهم بلا معنى<sup>(١)</sup>.

By standing for election under given party labels, candidates are in effect committing themselves to the support of those parties for the term of office. If that were not so, the use of the vote to choose between different programmers and political tendencies would be rendered meaningless.

ويفترض اكتمال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، أن يشتمل على كافة النصوص التي تمتع تحويل إرادة الناخبين، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. فإذا خلا هذا التنظيم من تلك النصوص، كان قاصرا فيما لم يشتمل عليه منها، وتعين اعتبار هذا القصور إغالا تشريعا مخالفا للدستور، شأن هذا الإغفال في ذلك شأن كل خروج على الدستور، سواء كان مقصودا من المشرع، أم كان مرده إلى سوء فهمه لأحكامه.

كذلك يفترض ضمان الدستور لحق الدفاع أن يكون فعالا. ويقع بالتالي مخالفا للدستور كل تنظيم قانوني لهذا الحق، إذا خلا من النصوص القانونية التي تكفل اتصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبتها وحتى الفصل فيه.

وهي ضمانات تشمل كذلك إمكان الطعن في الحكم الصادر في الاتهام، وضرورة تمكين المتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التي يعد فيها الدفاع، بما في ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم سريلا بكفالة غير مغالية فيها- إذا كان هذا الإفراج مبررا كأن يكون لازما لتحضير وثائق تخص التهمة وتفتيها.

بل إن حق الدفاع يخلل كذلك في كل محاكمة اختصر المشرع إجراءاتها، أو لم يكفل علانية جلساتها، أو لم يحط حقوق المتهم فيها بضوابط يوازن بها الحقوق التي كفلها لسلطة

(١) David Beethan and Kevin Boyle, Introducing democracy. UNESCO Publishing 1995. p.59

الاتهام، كأن يخل بشرط مواجهة المتهم لشهود النيابة، أو بحق المتهم في أن يحصل على شهوده الذين يتغون الاتهام ويقارعون النيابة في أدلتها.

وإغفال النصوص القانونية لشيء مما تقدم، هو إخلال بضمانة الدفاع ذاتها التي كفلها الدستور. ويتعين أن يكون الجزاء على هذا الإغفال، هو عين الجزاء المقرر على العنوان على حق الدفاع بنص قانوني مباشر.

ذلك أن ضمان الدستور لحق الدفاع -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون، كإلزاماً للخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نأذا الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود. فلا يكون بنيان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم، بل مكافئاً بينهم في مجال إثباتها أو نفيها، استظهاراً لكل حقائقها، واتصالاً بكافة عناصرها<sup>(١)</sup>.

٩٥٨- وما تنص عليه المادتان ٣٤ و ٣٥ من الدستور من عدم جواز فرض الحراسة على الملكية الخاصة، ومن حظر نزع ملكيتها أو تأميمها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل في الملكية هو أن تظل لأصحابها؛ وألا تفرض قيود عليها لا تقتضيها وظيقتها الاجتماعية؛ وألا ينال المشرع بالتالي من أصلها أو يجردها من لوزمها إلا وفق الشروط والأوضاع التي ينص عليها الدستور والقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها، إضراراً بأصحابها الذين ظل سند ملكيتها بأيديهم، كالاستيلاء على الملكية الخاصة بصورة ممتدة تحيلها أعجاز نخل خاوية. ذلك أن الملكية هي المزايا التي تنتجها. فإذا انقض المشرع عليها، أحوالها صريماً، سواء كان عنوانه عليها بنص تشريعي مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التي كفلها الدستور لها.

٩٥٩- وتنظيم الدستور للحق في التقاضي، يفترض ليس فقط حق النفاذ إلى المحاكم على اختلافها بوسائل ميسرة ودون عوائق إجرائية. وليس فقط تقرير كل ضمانات قضائية يقتضيها الفصل بصورة منصفة في حقوق الأفراد والتزاماتهم المدنية، وكذلك فيما يوجه إليهم من اتهام جنائي، وإنما يتعين كذلك أن تتوافر حلقتان أخريان لا يكتمل بدونهما حق التقاضي.

(١) القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٨/٣/٧ - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ١٣٣ - ص ١١٠٧ من

أولاهما: أن تولد المحصلة النهائية للنزاع، إلى ترضية قضائية توافق الدستور والقانون، وتضع حدا نهائيا للعدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم التي وقع الإخلال بها.

ثانيتهما: أن تقتزن هذه الترضية بالحمل على تنفيذها جبرا، واقتضاؤها بقوة السلطة من الملزمين بها، إذا لم يقبلوا بها طوعية واختيارا.

وإغفال المشرع تقرير النصوص القانونية التي يكتمل بها حق التقاضي، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءا عن النصوص القانونية التي يقرها ليجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويطلها إلى فراغ عقيم.

٩٦٠- وضمن الدستور الحرية الشخصية في إطار دولة القانون، ووفق المفاهيم الديمقراطية، يفترض شخصية المسؤولية الجنائية وشخصية العقوبة؛ ألا يبتدع القاضي عقوبة بطريق القياس، وألا يجعل المشرع اشخاصا بذواتهم مسؤولين عن فعل أو أفعال لا شأن لهم بها، وألا يتخذ من القرائن القانونية التحكيمية، سبيلا إلى إعفاء الذبابة من اثبات ركن في الجريمة لا تقوم إلا به، أو من توافر أحد الظروف المشددة لعقوبتها، وألا يقرر المشرع جزاء جنائيا رجعيا، وألا يعطل سريان قانون أصلح للمتهم منذ صدوره، ولو لم يحن وقت العمل به؛ وألا يقيّد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة؛ وألا يعاقب على الفعل الواحد أكثر من مرة؛ وألا يفرض عقوبة من شأنها الحط من قدر الإنسان سواء بالنظر إلى قسوتها أو إلى منافاتها للقيم الخلقية؛ وألا يحدد عقوبة الجريمة بما يفقدها تناسبها معها، وألا يخل كذلك بحق الدفاع، أو يؤثر بوجه عام في الشروط الموضوعية والإجرائية التي تتوافر بها لكل محاكمة منصفة، مطلباتها حتى لا تختل موازينها<sup>(١)</sup>.

فإذا أغفل المشرع في دائرة الجريمة والعقاب، شيئا مما تقدم، أخل هذا القانون بنطاق الضمانة التي أحاط بها الدستور الحرية الشخصية التي ارتقى بها إلى حد وصفها بأنها من الحقوق الطبيعية، وصار ذلك القانون بالتالي مخالفا للدستور، وباطلا<sup>(٢)</sup>.

١

(١) يلاحظ أن لبعض العقوبات -كعقوبة الإعدام- تنظيم خاص بالنظر إلى خطورتها، كأن يصدر الحكم بفرضها بالإجماع، وبعد التحقيق من عدم توافر ظرف يقارن الجريمة ويخفف عقوبتها، وبشرط أن يصدر الحكم بتوقيعها في إطار من الضمانات القضائية الكاملة، وأن يعرض هذا الحكم على محكمة الطعن بقوة القانون، فإذا سها المشرع عن شأن مما تقدم، كان ذلك إغفالا مخالفا للدستور.

(٢) يفترض هذا الإغفال، أن يكون الدستور قد حكمت عن إيراد النصوص القانونية التي تمنع تعقيدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ذلك أن إيراد هذه النصوص فيه، يعني بداهة عن إيجاب اشتمال القانون المنظم للحرية تنحسية، عليها.

٩٦١- وما ينص عليه الدستور من أن الأسرة هي الوحدة الأولى والأساسية في بنين الجماعة، يفترض ضمان الدستور للحق في تكوينها؛ ولحق كل شخص في أن يختار بإرادته الحرة الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، وفي أن يتخذ ولداً؛ وأن يلحق أبناءه بالمعاهد التعليمية التي يراها أوفى لقرائهم؛ وللحق في تربيتهم خلقياً ودينياً؛ وللحق في ضمان تربط الأسرة وتماسكها على امتداد مراحل بقائها؛ وللحق في النفاذ إلى الوسائل الملائمة لإعالتها. فإذا نقض قانون أحد هذه الحقوق، أو لم يحفل بضمانها، صار هذا القانون مخالفاً للدستور، سواء فيما نص عليه أو فيما أغضه.

٩٦٢- وما ينص عليه الدستور من ضمان حرية التعبير، يفترض ألا تعاق وسائل مباشرة، وأن تتعدد طرائق التعبير؛ وأن تكور الأفاق المفتوحة هي نافذتها؛ وألا تكون الحدود الإقليمية حاجزاً يحول دونها؛ وأن تقتصر بالحق في نشر الآراء على اختلافها؛ وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريراً؛ وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روافدها، وفي مقابلة الآراء ببعضها؛ وفي ألا تصدر الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من يفصحون عنها أو يتلقونها أو يروجونها؛ وفي ألا يكون الإعلام قائماً على الاحتكار، وإنما ينبغي أن تكون سوقه مفتوحة لمر يريد أن يطرقها. فإذا نقض قانون هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أحبط أثرها، أو أهمل تقرير بعض جوانبها، كان هذا القانون باطلاً ومخالفاً للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها.

٩٦٣- تلك صور مختلفة لقصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحيرياتهم، سواء في ذلك تلك التي كفلها الدستور أو التي قررها المشرع في حدود سلطته التقديرية. وجميعها تؤكد أن حقوق المواطنين وحيرياتهم لا يجوز تنظيمها بما لا يحيط بها. فذلك عدوان عليها وامتهان لها لا يعطيها القيمة الحقيقية التي تكفل فعاليتها.

٩٦٤- وما نقرره في هذا المقام ليس مديف حكم العقل، وإنما هو تفعيل لكل ضمانات كفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي نص عليها.

فلا تتفصل هذه الضمانة عن الحقوق التي تتصل بها، وإنما تحيط بها من كل جوانبها، لتنتهي لها فرائض وجودها، وبما يكفل لهذه الحقوق متطلباتها، فلا تبهم في فراغ، ولا تتعجم أو تنقلص الفائدة العملية المرجوة منها، وكان منطقياً بالتالي أن تتدخل المحكمة الدستورية العليا

في كثير من أحكامها<sup>(١)</sup> لتؤكد أن الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم، لازمها أن يحيط المشرع، -في تنظيمه لها- بكافة جوانبها. فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها، أخل هذا القصور -في الحالتين- بالحماية الواجبة لها، وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها. فلا يكون هذا القصور سواء أصابها في نواتها Nucleus<sup>(٢)</sup> أو في بعض جوانبها، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وترابط أجزائها.

وكما يبطل كل نص قانوني جاوز به المشرع حدود الدستور سواء في أوامره أو نواهيه، فإن الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي -أو رقابة الإغفال- هي التي تحمل المشرع على أن يكون تنظيمه لحقوق المشرعين وحرياتهم في الصورة الأوفى لها، فلا تقعد عاجزة عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل أقطارها.

٤

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٨ قضائية -دستورية- الصادر حكمها عن المحكمة الدستورية العليا بجلستها المقودة في ١٩٨٨/٣/٧. فقد قضى مطوق هذا الحكم، بدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٢، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو هذه الهيئة في مرحلة التحقيق. وقام قضاء المحكمة في ذلك، على أن إخلال أحد أعضاء هيئة قضايا الدولة بالثقة والاعتبار الواجبين فيه، أو بواجبات وظيفته ومقتضياتها، يعتبر ذنباً يذرياً مولداً عليه قانوناً، وإسناده إليه ينبغي أن يكون مسبوقاً بتحقيق متكامل لا يقتصر على بعض عناصر الاتهام، بل يحيط بها جميعها، ويحصّر أدلتها مع ضمان العرض الكافية التي يقتضيها سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، فلا يكون التحقيق سبشراً أو مجرداً من ضمان موضوعيته، بل واقفاً أميناً. وهذه الحيثية التي قام عليها قضاء الحكم المتقدم، تدل على أن إغفال المشرع تقرير ضمانتها كلها الدستور، يصح بالبطال النصوص القانونية التي انتقص بها من متطلبات هذه الضمانة. هذا وقد نشر هذا الحكم في ص ١٠٣، وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة، بعد أن سقط سهواً من الجزء الثامن من هذه المجموعة.

(٢) الحق حينه بنور الصوء التي يروى وجود الحق بنطقتها

١

## تقديم

٨

## الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

٨

## تمهيد

## ﴿ الكتاب الأول ﴾

٧٠

## الأسس العامة للرقابة على الشرعية الدستورية

## \*\* الباب الأول \*\*

٧٠

## الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية

## • الفصل الأول •

٧٠

## الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعيتها

## • الفصل الثاني •

٧٦

## الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور

## • الفصل الثالث •

٨٤

## بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها

٨٥

: أصل ترتد إليه الفروع التي يجمعها.

• المبحث الأول

٩٠

: فروع يجمعها أصل واحد.

• المبحث الثاني

٩٢

: نصوص في الدستور ترشح لحقوق لائص عليها فيه.

• المبحث الثالث

## • الفصل الرابع •

٩٤

## الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها

## • الفصل الخامس •

١١١

## الرقابة القضائية على الدستورية: مفترضاها

١١٠

: الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية.

• المبحث الأول

١١١

: الدول الشمولية.

- المطلب الأول

١١٢

: الدول السلطوية.

- المطلب الثاني

١١٤

: أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي.

- المطلب الثالث

١١٤

: النظام الديمقراطي هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية.

- المطلب الرابع

١١٦

: نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين

• المبحث الثاني

١٢٢	: الإطار الذي تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية.	• المبحث الثالث
١٣٧	: نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية.	• المبحث الرابع
١٤٩	• الفصل السادس • الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية	
١٦٥	• الفصل السابع • الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تتعلق بها	
١٦٥	: خصائص القيود التي يتطلبها الدستور.	• المبحث الأول
١٦٦	: الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية.	• المبحث الثاني
١٦٩	: ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية.	• المبحث الثالث
١٧١	: النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية.	• المبحث الرابع
١٧٤	: الحجية المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً.	• المبحث الخامس
	• الفصل الثامن •	
١٧٥	الرقابة القضائية على الدستورية : موجهاتها	
١٧٦	: السوابق القضائية.	• المبحث الأول
١٧٩	: مقاصد آباء الدستور.	• المبحث الثاني
١٨٢	: القانون الطبيعي.	• المبحث الثالث
١٨٥	: التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحررياتهم.	• المبحث الرابع
١٨٧	: المصادر العرفية.	• المبحث الخامس
١٨٨	: دروس التاريخ ومخططات القانون العام.	• المبحث السادس
١٩٠	: القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها.	• المبحث السابع
١٩٣	: الخبرة العريضة للقضاة وفلسفتهم.	• المبحث الثامن
١٩٦	: حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم.	• المبحث التاسع
١٩٨	: الاهتمام بالأثر الذي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها.	• المبحث العاشر
٢٠٠	: نصوص الدستور في لغتها وترتيبها.	• المبحث الحادي عشر
	• الفصل التاسع •	
٢٠٢	بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشتتها	
٢٠٢	: الخلفية التاريخية للدساتير المصرية.	• المبحث الأول
٢٠٥	: الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها	• المبحث الثاني
٢٠٩	: رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور	• المبحث الثالث
٢١٠	: إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية	• المبحث الرابع
٢١١	: بساطة ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها	• المبحث الخامس
٢١٢	: حرص - محكمة العليا - بتقيد	• المبحث السادس



- ٢١٤ : إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور.
- ٢١٥ : خصائص ببيان المحكمة الدستورية العليا.
- ٢١٨ : تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا.
- ٢٢٠ : موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوروبي والأمريكي للرقابة على دستورية القوانين.
- ♦♦ الفصل العاشر ♦♦
- ٢٢٣ : الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون
- ٢٢٣ : الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة.
- ٢٢٦ : الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي.
- ٢٢٦ : المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي.
- ٢٢٧ : غموض النصوص الجنائية وانسيابها.
- ٢٢٩ : ضوابط دستورية العقوبة.
- ٢٣٨ : في الجريمة المدنية وغير المدنية.
- ٢٤٢ : في رجعية القانون الأصلح للمتهم.
- ٢٤٦ : الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي.
- ٢٤٦ : ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها.
- ٢٥١ : أصل البراءة.
- ٢٥١ : افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي.
- ٢٥٣ : تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة.
- ٢٥٣ : أحوال لا يجوز أن ينتفى فيها أصل البراءة.
- ٢٥٦ : الطبيعة القانونية لأصل البراءة.
- ٢٥٧ : ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي.
- ٢٦٣ : الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي.
- ٢٦٣ : الضريبة أهم روافد القانون المالي.
- ٢٦٤ : طبيعة القوانين الضريبية.
- ٢٦٥ : قانون الضريبة.
- ٢٦٧ : التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية.
- ٢٦٩ : خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية.
- ٢٧٠ : حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكليفها.
- ٢٧١ : الضريبة من جهة أثارها الأصلية والعرضية.
- ٢٧٢ : الضريبة والاستثمار.
- ٢٧٣ : الملزمون بالضريبة والمسئولون عنها.
- ٢٧٤ : أدائها.
- ♦ المبحث السابع
- ♦ المبحث الثامن
- ♦ المبحث التاسع
- ♦ المبحث العاشر
- ♦ المبحث الأول
- ♦ المبحث الثاني
- ♦ المبحث الثالث
- ♦ المبحث الرابع
- ♦ المبحث الخامس
- ♦ المبحث الثالث
- ♦ المبحث الأول
- ♦ المبحث الثاني
- ♦ المبحث الثالث
- ♦ المبحث الرابع
- ♦ المبحث الخامس
- ♦ الفرع السادس
- ♦ الفرع السابع

٢٧٥	رجعيتها.	• الفرع الثامن
٢٧٦	: مدى جواز اقتضاء الصرية قبل نشر القانون المتعلق بها.	• الفرع التاسع
٢٧٧	: التفويض في فرضها.	• الفرع العاشر
٢٧٨	: أوجه إنفاقيها.	• الفرع الحادي عشر
٢٨٠	: الضريبة والزكاة.	• الفرع الثاني عشر
٢٨٠	: ربط الضريبة بالدخل كأصل عام.	• الفرع الثالث عشر
٢٨٢	: العدالة الاجتماعية كغيد الصرية وغيرها من الأعباء المالية.	• الفرع الرابع عشر
٢٨٤	: دستوريته.	• الفرع الخامس عشر
٢٩٨	: الجريمة الضريبية.	• الفرع السادس عشر
٣٠٢	: الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري.	• المبحث الخامس
٣٠٢	: مباشرة الإدارة لسلطتها اللاتحجية.	- المطلب الأول
٣٠٢	: اللوائح التنفيذية.	• الفرع الأول
٣٠٣	: اللوائح التفويضية.	• الفرع الثاني
٣٠٤	: لوائح الضرورة.	• الفرع الثالث
٣٠٦	: نطاق سريان اللوائح وأثره على السرعة الدستورية.	- المطلب الثاني
٣٠٦	: القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا.	• الفرع الأول
٣٠٨	: امتناع تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية.	• الفرع الثاني
٣١٠	: سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة.	- المطلب الثالث
٣١٠	: المرافق العامة من حيث ماهيتها.	• الفرع الأول
٣١٢	: سلطة المرافق العامة في توقيع الحجز الإداري لاقتضاء حقوقها.	• الفرع الثاني
٣١٣	: جواز الحجز على أموال المرافق العامة.	• الفرع الثالث
٣١٥	: العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة.	• الفرع الرابع
٣١٦	: عمال المرافق العامة.	• الفرع الخامس
٣٢٩	: اتصال الرقابة القضائية على الدستورية بتطبيق قواعد القانون الدولي العام.	• المبحث السادس
٣٣١	: المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام.	- المطلب الأول
٣٣١	: المعاهدة النونية - معيومب.	• الفرع الأول
٣٣٢	: المعاهدة الدولية - قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها.	• الفرع الثاني
٣٣٣	: المعاهدة الدولية - مرتبتها.	• الفرع الثالث
٣٣٣	: المعاهدة الدولية - الرق على دستوريته.	• الفرع الرابع
٣٣٤	: المعاهدة الدولية - التحفظ عليها، والإسحاب منها.	• الفرع الخامس
٣٣٥	: المعاهدة الدولية - صلتها بالأعمال السياسية.	• الفرع السادس
٣٣٦	: المعاهدة الدولية - تنفيذها.	• الفرع السابع
٣٣٧	: المعاهدة الدولية - وحيثها وتجربتها.	• الفرع الثامن
٣٣٨	: المعاهدة الدولية - وحيثها وتجربتها.	• الفرع التاسع

٣٣٩	: حقوق غير المواطنين في حدها الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولي العام.	- المطلوب الثاني
٣٤٥	: قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية في تشكيلها وبيان مضمونها.	• المبحث السابع
٣٤٦	: حق الملكية.	- المطلوب الأول
٣٤٦	: مفهومها.	• الفرع الأول
٣٤٦	: جذورها.	• الفرع الثاني
٣٤٧	: أهميتها.	• الفرع الثالث
٣٤٧	: القيود عليها.	• الفرع الرابع
٣٤٩	: منابها الشرعية.	• الفرع الخامس
٣٥٠	: سقوط الحق فيها.	• الفرع السادس
٣٥٠	: فرض الحراسة عليها.	• الفرع السابع
٣٥٢	: حرية التعاقد.	- المطلوب الثاني
٣٥٧	: حق العمل.	- المطلوب الثالث
٣٥٧	: خصائص هذا الحق.	• الفرع الأول
٣٦٠	: الشروط الموضوعية للحق في العمل.	• الفرع الثاني
٣٦١	: الآثار القانونية المترتبة على الحق في العمل.	• الفرع الثالث
٣٦٢	: العمل على العمل.	• الفرع الرابع
٣٦٢	: الحق في الأجر العادل.	• الفرع الخامس
٣٦٤	: القيود على الحق في العمل.	• الفرع السادس
٣٦٦	: الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص.	• الفرع السابع
٣٧١	: حق الحصول على العمل.	• الفرع الثامن
٣٧٣	: معاش العامل ليس بديلاً عن أجره.	• الفرع التاسع
٣٧٤	: حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي.	• الفرع العاشر
٣٧٤	: حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية.	• الفرع الحادي عشر
٣٧٦	: قانون الأحوال الشخصية.	- المطلوب الرابع
٣٧٩	: نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور.	• الفرع الأول
٣٧٩	: انفتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية الخلافية.	• الفرع الثاني
٣٨٠	: حق ولي الأمر في الاجتهاد.	• الفرع الثالث
٣٨١	: حضنة الصغير.	• الفرع الرابع
٣٨٢	: في مسائل الولاية ١ النفس.	• الفرع الخامس
	• الفصل الحادي عشر •	
٣٨٤	الرقابة القضائية على الدستورية	
٣٨٤	: القواعد الكلية التي تحكمها.	• المبحث الأول
	• الفصل الثاني عشر •	
٤٠٣	الرقابة القضائية على الدستورية، وتشكال الصراع في الدولة	
٤٠٣	: صور الصراع على السلطة والحقوق.	• المبحث الأول

- ٤٠٨ : مزايا تحويل النزاع السياسي إلى نزاع قانوني. **• المبحث الثاني**
- ٤١١ : الرافضون لطبع الحياة السياسية بالدستور. **• المبحث الثالث**
- ٤١٣ : القائلون بخضوع الحياة السياسية للدستور. **• المبحث الرابع**
- ٤١٥ : المزاوحة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي. **• المبحث الخامس**
- : لعدم الصراع السياسي في مصر. **• المبحث السادس**
- الفصل الثالث عشر ••**
- ٤٢١ : الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها بالديموقراطية **• المبحث الأول**
- ٤٢١ : السلطة المقيدة كضمان نهائي للحرية. **• المبحث الثاني**
- ٤٢٢ : الديموقراطية اطار عام لحقوق المواطنين وحررياتهم ووعاء للدستور. **• المبحث الثالث**
- ٤٢٧ : انهيار مفاهيم -جموقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها. **• المبحث الرابع**
- ٤٢٩ : دور جهة الرقابة على الدستورية في تعميق الديموقراطية. **• المبحث الخامس**
- ٤٣٤ : تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية. **• المبحث السادس**
- ٤٣٩ : أثر المفاهيم الديموقراطية على المحكمة الدستورية العليا. **•**
- الفصل الرابع عشر ••**
- ٤٤١ : الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها **• المبحث الأول**
- ٤٤١ : تنوع مصادر الشرعية الدستورية. **• المبحث الثاني**
- ٤٤٤ : التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها. **• المبحث الثالث**
- ٤٤٧ : تعاون الوثائق الدستورية لا تناقضها. **•**
- الفصل الخامس عشر ••**
- ٤٥٢ : الرقابة القضائية على الدستورية في حدودها الداخلية والخارجية **• المبحث الأول**
- ٤٥٢ : مناهل الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية. **• المبحث الثاني**
- ٤٥٦ : الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية. **• المبحث الثالث**
- ٤٦٠ : نظرية الخطأ الظاهر. **•**
- الفصل السادس عشر ••**
- ٤٦٦ : الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين توسيعها وتضييقها **• المبحث الأول**
- ٤٦٦ : مضمون الحماية الحقيقية للدستور. **• المبحث الثاني**
- ٤٧٢ : المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الافضل لحماية الحقوق. **•**
- الفصل السابع عشر ••**
- ٤٧٧ : المراجعة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية **• المبحث الأول**
- ٤٧٧ : حظر هذه الرقبة في فرنسا. **- المطلب الأول**
- ٤٨٠ : الرافضون لفصل في دستورية القوانين الاستثنائية **- المطلب الثاني**
- ٤٨١ : المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية. **- المطلب الثالث**
- ٤٨٣ : موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية.

## • الفصل الثامن عشر •

٤٨٤

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

## • الفصل للتاسع عشر •

٤٩٣

أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٤٩٧

: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.

٤٩٧

: الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صور القانون.

٤٩٧

: الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية.

٥٠٠

: الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها.

٥٠٤

: خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا.

٥١٠

: الرقابة القضائية على دستورية النواحي البرلمانية قبل تطبيقها.

٥١٣

: الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية.

٥٢١

: الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية.

٥٢٦

: الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري.

٥٢٦

: القائلون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس.

٥٢٧

: القائلون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس.

٥٣٠

: ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية.

٥٣١

: ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها.

٥٣٧

: لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا.

## • الفصل العشرون •

٥٤٣

الرقابة القضائية اللاحقة أو القائمة

## • الفصل الحادي والعشرون •

٥٤٩

الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة

## • الفصل الثاني والعشرون •

٥٥٤

الرقابة القضائية على الدستورية في مصر

## • الفصل الثالث والعشرون •

٥٧٣

الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية

٥٧٣

: فرائض الديمقراطية.

٥٧٥

: التحدية.

٥٧٥

: التحدية مخل للديموقراطية وضرورة التقدّم.

٥٧٨

: التحدية قيمة دستورية.

٥٨٠

: تطلق التحدية بصور نشاط الإنسان على اختلافها.

٥٨١

: ضرورة النزول على القيم التي تطو الدستور.

٥٨٦

: الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تعاونان للدستور.

٥٨٨

: كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته.

٥٨٩

: حق الملكية كقيمة عليا.

• المبحث الأول

- المطلب الأول

• الفرع الأول

• الفرع الثاني

• المبحث الثاني

• المبحث الثالث

• المبحث الرابع

• المبحث الخامس

• المبحث السادس

- المطلب الأول

- المطلب الثاني

- المطلب الثالث

- المطلب الرابع

• المبحث السابع

٥٩٠	: تعميم عام للقيم التي تطو الدساتير	• المعهد السابع
٥٩٦	: ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للدستور	• المعهد الثامن
٦٠٠	: المدخل إلى حق الاقتراع	- المطلب الأول
٦٠١	: القيود على حق الاقتراع	• الفرع الأول
٦٠٢	: خصائص حق الاقتراع	• الفرع الثاني
٦٠٢	: ضوابط مباشرة حق الاقتراع	• الفرع الثالث
٦٠٤	: إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع	• الفرع الرابع
٦١٠	: ضمان مصداقية العملية الانتخابية	- المطلب الثاني
٦١٦	: الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم لحقوق المواطنين وحررياتهم	• المعهد التاسع
٦١٦	: أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- المطلب الأول
٦١٨	: العيوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- المطلب الثاني
٦٢١	: امتناع تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً تنالض طبيعة عضويتهم بها وتفرغهم لها	• المعهد العاشر
٦٢٥	: ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية	- المطلب الأول
٦٢٧	: حدود الحصانة البرلمانية	- المطلب الثاني
٦٣٤	: حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود	• المعهد الحادي عشر
٦٣٥	: شروط حواز التفويض	- المطلب الأول
٦٣٧	: صور التفويض	- المطلب الثاني
٦٤٤	: التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية	• الفرع الأول
٦٥٢	: التفويض في غير الضرورة الاستثنائية	• الفرع الثاني
	• الفصل الرابع والعشرون •	
٦٥٦	: شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية	
٦٥٨	: خصائص الخصومة الدستورية	• المعهد الأول
٦٦٠	: الخصومة المختلفة بالتبدير والتواضع	• المعهد الثاني
٦٦٢	: الخصومة بغيرية	• المعهد الثالث
٦٦٨	: الخصومة الفرضية أو المجردة	• المعهد الرابع
٦٧١	: الخصومة التي لم يكتل نضحها	• المعهد الخامس
٦٨١	: انقضاء مفهوم الخصومة في محال الإراء الاستشارية	• المعهد السادس
٦٨٥	: امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بياناتها	• المعهد السابع
٦٩٠	: امتناع الطر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تفصل فيها وفقاً للأوضاع المصوص عليها في قانونها	• المعهد الثامن
٦٩٧	: طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية	• المعهد التاسع

- المطلب الأول : الدعوى الأصلية بعدم الدستورية ٧٩٧
- المطلب الثاني : الأوامر المتعلقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن ٧٠٠
- المطلب الثالث : الأوامر الوقائية ٧٠٥
- المطلب الرابع : الأحكام التقريرية ٧٠٥
- المعهد العاشر : عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر المحكمة الأدنى قرارا نهائيا فيها ٧٠٩
- المعهد الحادي عشر : امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوفر لرافعها فيها مصلحة شخصية مباشرة ٧١٣
- المطلب الأول : عناصر المصلحة الشخصية المباشرة ٧١٨
- المطلب الثاني : رابطة السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائيا ٧٢٨
- المطلب الثالث : الدفاع عن حقوق الآخرين ٧٣٢
- المطلب الرابع : مصلحة المنظمة أو الجمعية أو للولاية أو المشرع ٧٣٩
- المعهد الثاني عشر : امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية ٧٤٦
- المعهد الثالث عشر : امتناع مخاصمة النصوص القانونية التي أفاد الطاعن من مزاياها ٧٤٩
- المعهد الرابع عشر : امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها ٧٥١
- المعهد الخامس عشر : امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها ٧٥٣
- المعهد السادس عشر : الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا ٧٧٧
- الفصل الخامس والعشرون ••
- الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون ٧٨٩
- المعهد الأول : اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي ٧٨٩
- المعهد الثاني : الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي وفق قانون المحكمة الدستورية العليا ٧٩٢
- المطلب الأول : الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي ٧٩٣
- المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي ٧٩٣
- المعهد الثالث عشر : لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية من خلال تفسيرها تفسيرا تشريعا ٧٩٦
- المعهد الرابع : طلب التفسير التشريعي ليس بخصومة قضائية ٧٩٨
- المعهد الخامس : طبيعة التفسير التشريعي وأثره ٨٠٠
- الفصل السادس والعشرون ••
- الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشؤونها الخارجية ٨٠١
- المعهد الأول : التدخل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق ٨٠١
- المعهد الثاني : بعض أحكام المعاهدات الدولية ٨٠٥
- المطلب الأول : دستورية المعاهدة الدولية ٨٠٥

٨٠٧	: مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة	- المطلب الثاني
٨٠٩	: التفاوض على المعاهدة الدولية	- المطلب الثالث
٨١٠	: تفسير المعاهدة الدولية	- المطلب الرابع
٨١٥	: العلاقة بين المعاهدة والقانون	- المطلب الخامس
٨١٨	: المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني	- المطلب السادس
٨١٩	: المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال الميانية	- المطلب السابع
٨٢١	: إنهاء المعاهدة	- المطلب الثامن
٨٢٤	: المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية	- المطلب التاسع
٨٢٥	: الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها	- المطلب العاشر
٨٣١	: ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا	• المبحث الثالث
	• الفصل السابع والعشرون •	
٨٣٥	حدود سمو الدستور	
٨٣٥	: تعديل الدستور	• المبحث الأول
٨٣٦	: القيود المتعلقة بزمن ونوع التعديل	- المطلب الأول
٨٣٨	: القيود المتعلقة بموضوع التعديل	- المطلب الثاني
٨٣٩	: التكتيل على الدستور	- المطلب الثالث
٨٤٠	: الثورة على الدستور والثورة على الثورة	• المبحث الثاني
	• الفصل الثامن والعشرون •	
٨٤١	: الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور	
٨٤١	: التسمية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور	• المبحث الأول
٨٤٥	: التمييز بين القوانين المكمل للدستور والقوانين العضوية	• المبحث الثاني
	• الفصل للتسع والعشرون •	
٨٤٩	: الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد	
٨٤٩	: حرية التعاقد بوجه عام	• المبحث الأول
٨٥٨	: قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد	• المبحث الثاني
	*** الباب الثاني ***	
٨٧١	: الشريعة الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية	
	• الفصل الأول •	
٨٧١	: الدولة وأزماتها الخطيرة	
٨٧١	: طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المبحث الأول
٨٧٦	: قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المبحث الثاني
٨٧٦	: كيفية إنفاذ حكمها	- المطلب الأول
٨٧٨	: حقيقة التدابير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	- المطلب الثاني
٨٨٠	: زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التي تتصل بها	- المطلب الثالث



٨٨٢	: دور البرلمان إبان تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المبحث الثالث
٨٨٥	: تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها	• المبحث الرابع
٨٨٩	: نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتها بقيم الشرعية في مدارجها العليا • الفصل الثاني ••	• المبحث الخامس
٩٠٠	المسلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفي	
٩٠٠	: علتها	• المبحث الأول
٩٠٥	: الحالة الطارئة من حيث مداها	• المبحث الثاني
٩٠٨	: لخطوط العريضة للحالة الطارئة	• المبحث الثالث
٩٠٨	: الأحكام العرفية في فرنسا	- المطلب الأول
٩١١	: حالة الطوارئ أو الاستعجال في مصر	- المطلب الثاني
٩١١	: أساسها من الدستور	• الفرع الأول
٩١٥	: مواجهتها بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨	• الفرع الثاني
٩١٦	: انتهاء حالة الاستعجال	• الفرع الثالث
٩١٧	: خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية	• الفرع الرابع
٩١٩	: تقييم حالة الاستعجال	• الفرع الخامس
٩٢٦	: موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال	• الفرع السادس
٩٢٧	: اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية بعد إعلان حالة الطوارئ	• الفرع السابع
٩٢٩	: ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام • الفصل الثالث ••	• المبحث الرابع
٩٣١	سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورها	
٩٣١	: خطورة الحرب والانخراط بإعلانها	• المبحث الأول
٩٣٣	: الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة	• المبحث الثاني
٩٣٥	: الآثار التي ترتبها الحرب على حقوق الأفراد	• المبحث الثالث
٩٤٤	: اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية	• المبحث الرابع
٩٤٧	: تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب	• المبحث الخامس
٩٤٩	: مظاهر استعمال سلطة الحرب	• المبحث السادس
٩٥٣	: حقوق الأقاليم المحتلة والأقاليم المضمومة	• المبحث السابع
٩٥٥	: بين إعلان الحرب وإنهائها	• المبحث الثامن
٩٥٨	: أموال الأعداء وغنائم الحرب	• المبحث التاسع
٩٥٩	: تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب	• المبحث العاشر
٩٦٢	: إعلان الحكم العرفي	• المبحث الحادي عشر
٩٦٣	: الاعتراض على احتجاز البدن	• المبحث الثاني عشر

٩٦٤	المبحث الثالث عشر : الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب
	• الفصل الرابع •
٩٧١	الرقابة القضائية على دستورية محكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية
٩٧٣	المبحث الأول : الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد في مواجهة سلطة الاتهام
٩٨٢	المبحث الثاني : الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية
٩٨٥	المبحث الثالث : قانون الأحكام العسكرية قانون خاص
٩٨٨	المبحث الرابع : نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦
٩٨٩	المبحث الخامس : جلب المدنيين إلى المحاكم العسكرية
١٠٠٠	المبحث السادس : المخاطبون بالنظم العسكرية
١٠٠٥	المبحث السابع : خصائص النظم العسكرية وأهدافها
١٠٠٨	المبحث الثامن : علو السلطة المدنية على السلطة العسكرية
١٠١٠	المبحث التاسع : التطبيق العملي للنظم العسكرية
١٠١٥	المبحث العاشر : الجرائم العسكرية - ماهيتها
١٠١٨	المبحث الحادي عشر : العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية
١٠١٩	المبحث الثاني عشر : صور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية
١٠٢٥	المبحث الثالث عشر : تقييم قانون الأحكام العسكرية
	*** الباب الثالث ***
١٠٢٩	القوانين الجنائية وصلتها بالحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية
	• الفصل الأول •
١٠٢٩	الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية
١٠٢٩	المبحث الأول : الضرورة الاجتماعية مناهل التجريم
١٠٣٣	المبحث الثاني : تطور القوانين الجنائية
١٠٣٥	المبحث الثالث : الجزاء الجنائي - من منظور عام
١٠٣٥	- مطلب الأول : مفهوم الجزاء الجنائي
١٠٣٦	- مطلب الثاني : معنيز قسوة العقوبة
١٠٣٧	- مطلب الثالث : معايير قسوة العقوبة تنصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها
١٠٣٩	- مطلب الرابع : صور من العقوبة القاسية
١٠٤٢	المبحث الرابع : المركز الخاص لعقوبة الإعدام
١٠٤٩	المبحث الخامس : الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها
١٠٥١	المبحث السادس : معايير وضوابط الجزاء الجنائي
١٠٦٠	المبحث السابع : مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا
١٠٦٧	المبحث الثامن : القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة
١٠٦٩	المبحث التاسع : تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والاجرائية

## • الفصل الثاني •

### قواعد الشريعة الجنائية

- ١٠٧٢ لا جريمة بخير قانون
- ١٠٧٢ : لا جريمة بخير قانون
- ١٠٨٩ : حظر محلكمة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة
- ١٠٩٦ : في جواز أو حظر اللجوء إلى القرائن القانونية في المجال الجنائي
- ١١٠٣ : قرائن قانونية مخالفة للدستور، وذلك لاعتراضها القصد الجنائي
- ١١٠٣ : النقض في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن
- ١١٠٥ : مناطق مسئولية الحائز للبيضاء الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بشهريتها
- ١١٠٧ : مناطق مسئولية رئيس تحرير الصحيفة
- ١١١٢ : مناطق علم المؤجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم في شأن عين مؤجرة
- ١١١٤ : التمييز بين القرائن القانونية وإعمال المسئولية الجنائية بطريق القياس
- ١١١٨ : قرائن قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الإثبات
- ١١١٨ : مناطق مسئولية من يعرض للبيع شيئا فاسداً من أغذية الإنسان
- ١١١٩ : قرائن قانونية مخالفة للدستور لتدبيرها على الحق في المكية
- الفصل الثالث •
- ١١٢٤ امتناع الإخلال بالحقوق التي كفلها الدستور للمشبهين والمتهمين
- ١١٢٤ : ضمان الحق في الحصول على مشورة محام
- ١١٣٠ : فعالية المونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها
- ١١٣٢ : وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه
- ١١٣٣ : نطاق تطبيق ضمانات الدفاع
- ١١٣٥ : الأهمية الجوهرية لحق الدفاع
- ١١٣٦ : الأكثر المترتبة على تعويق حق الدفاع
- ١١٣٧ : حقوق المحامين في مواجهة موكلهم
- ١١٣٨ : حق الدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية
- ١١٣٩ : البقطة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكلهم
- ٤٤٤٠ : الصلة بين حق الدفاع وضمانات الحق في التقاضي
- ١١٤١ : امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع
- ١١٤٢ : لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة
- ١١٤٣ : لا يجوز للنيابة أن تخفى عن المتهم واقعة تقيده في حصص التهمة
- ١١٤٥ : الحق في الكفالة في المواد الجنائية
- ١١٤٥ : مضمون هذه الكفالة وعلتها
- ١١٤٦ : بطلان المغالاة فيها
- ١١٤٩ : حظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه
- ١١٤٩ : مفهوم هذا الحظر
- المبحث الأول •
- المبحث الثاني •
- المبحث الثالث •
- المطلب الأول
- الفرع الأول
- الفرع الثاني
- الفرع الثالث
- الفرع الرابع
- المطلب الثاني
- المطلب الثالث
- فرع وحيد
- المطلب الرابع
- المبحث الأول
- المطلب الأول
- المطلب الثاني
- المطلب الثالث
- المطلب الرابع
- المطلب الخامس
- المطلب السادس
- المطلب السابع
- المطلب الثامن
- المطلب التاسع
- المطلب العاشر
- المطلب الحادي عشر
- المطلب الثاني عشر
- المبحث الثاني •
- المطلب الأول
- المطلب الثاني
- المبحث الثالث •
- المطلب الأول

- ١١٥٠ : الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز - **المطلب الثاني**
- ١١٥١ : الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر - **المطلب الثالث**
- ١١٥٥ : التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمتها أقل، لا يناقض امتياز حظر الحمل - **المطلب الرابع**  
على الشهادة
- ١١٥٦ : نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة - **المطلب الخامس**
- ١١٥٨ : صور من التحقيق لا يشملها الامتياز - **المطلب السادس**
- ١١٥٩ : التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها - **المطلب السابع**
- ١١٦٠ : مضمون الشهادة التي يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً - **المطلب الثامن**
- ١١٦١ : حظر الحمل على الشهادة لا يقوم في المواد المدنية - **المطلب التاسع**
- ١١٦١ : أهمية الامتياز - **المطلب العاشر**
- ١١٦٢ : المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة - **المطلب الحادي عشر**
- ١١٦٤ : **الفصل الرابع..**
- ١١٦٤ : القيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية - **المطلب الأول**  
: نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور  
الجزاء
- ١١٧٨ : **الفصل الخامس..**
- ١١٧٨ : القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها - **المطلب الأول**
- ١١٧٨ : شرط الإخطار في القوانين الجنائية - **المطلب الأول**
- ١١٧٨ : القوانين الجنائية التي طال زمن التخلي عنها - **المطلب الأول**
- ١١٧٩ : القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها - **المطلب الثاني**
- ١١٨٦ : **الفصل السادس..**
- ١١٨٦ : إجراءات ما قبل المحاكمة - **المطلب الأول**
- ١١٨٧ : تقييم عام لهذه الإجراءات - **المطلب الأول**
- ١١٨٧ : أهمية الإجراءات في المواد الجنائية بوجه عام - **المطلب الأول**
- ١١٨٩ : أهمية الإجراءات في مرحلة ما قبل المحاكمة - **المطلب الثاني**
- ١١٩٠ : مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة - **المطلب الثالث**
- ١١٩٤ : منح عام لنقض والتفتيش - **المطلب الثاني**
- ١١٩٥ : استبعاد كل دليل ينشأ من مصدر غير مشروع - **المطلب الأول**
- ١١٩٨ : شروط صحة التفتيش - **المطلب الثاني**
- ١٢٠٣ : التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقافهم - **المطلب الثالث**
- ١٢٠٦ : الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش - **المطلب الرابع**
- ١٢٠٨ : القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من أحاد الناس - **المطلب الخامس**
- ١٢٠٨ : القبض والتفتيش وفقاً للدستور مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا - **المطلب السادس**
- ١٢١٠ : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة - **المطلب السابع**
- ١٢٢٣ : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل - **المطلب الثامن**

١٢٢٩	: الإيقاع بالآخرين	• المبحث الثالث
١٢٣٣	: إقرار المشبوهين بالجريمة	• المبحث الرابع
١٢٣٣	: طبيعة هذا الإقرار	- المطلب الأول
١٢٣٤	: بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً	- المطلب الثاني
١٢٣٥	: حضور المحامين مع المشبوهين ضرورة لا تفريط فيها	- المطلب الثالث
١٢٣٦	: تطور مفهوم الإقرار بالجريمة	- المطلب الرابع
١٢٤٠	: حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق	- المطلب الخامس
١٢٤١	: التحقيق في مرحلة الاحتجاز	- المطلب السادس
١٢٤٣	: جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة	- المطلب السابع
١٢٤٤	: الحقوق التي لم تأت نظر المشبوه إليها	- المطلب الثامن
١٢٤٥	: آثار التحصل غير المشروع على الدليل	- المطلب التاسع
	• الفصل السابع •	
١٢٤٩	المحاكمة الجنائية المنصفة	
١٢٤٩	: التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة	• المبحث الأول
١٢٥٣	: الإقراج قبل المحاكمة	• المبحث الثاني
١٢٥٩	: قرار الاتهام	• المبحث الثالث
١٢٦٣	: تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام	• المبحث الرابع
	• الفصل الثامن •	
١٢٦٧	المحاكمة المنصفة	
١٢٦٧	: صورتها الإجمالية	• المبحث الأول
١٢٧٣	: الحق في محاكمة سريعة	• المبحث الثاني
١٢٨٠	: الحق في محاكمة عذبة	• المبحث الثالث
١٢٨٦	: دور المحامين في الدعوى الجنائية	• المبحث الرابع
١٢٨٩	: الحق في محاكمة يتوافر لفضائها الاستقلال والحيطة الكاملان	• المبحث الخامس
١٢٩٥	: حق المواجهة	• المبحث السادس
١٣٠٤	: تشخيص الإتهام	• المبحث السابع
١٣٠٦	: الحق في إبطال الإقرار بالجريمة	• المبحث الثامن
١٣١٠	: صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي	• المبحث التاسع
	• الفصل التاسع •	
١٣١٢	ضوابط تفسير النصوص الجنائية	
	• الفصل العاشر •	
١٣١٥	الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الإتهام الجنائي	
	• الفصل الحادي عشر •	
١٣٢٢	الحماية القانونية المتكافئة للحق في الحياة	

## \* \* الباب الرابع \* \*

١٣٢٩	الفتون أداة تنظيم الحقوق وقد يطوقها	
	• الفصل الأول •	
١٣٢٩	امتناع تجريم المصالح التي كفلها الدستور	
	• الفصل الثاني •	
١٣٣٦	الفتون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحريتهم	
	• الفصل الثالث •	
١٣٤٩	السلطة التشريعية بين التقدير والتقييد	
١٣٤٩	: الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها	• المبحث الأول
	الدستور للسلطة التنفيذية	
١٣٥١	: نطاق اختصاص السلطة التنفيذية	المطلب الأول
١٣٥٢	: نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان	- المطلب الثاني
	• الفصل الرابع •	
١٣٥٨	الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني	
	• الفصل الخامس •	
١٣٦٤	الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحريتهم	
١٣٦٧	: صور الاستفتاء بوجه عام	• المبحث الأول
١٣٦٧	: صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١	- المطلب الأول
١٣٦٩	: التميز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين	- المطلب الثاني
١٣٧٠	: الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء	- المطلب الثالث
١٣٧١	: الآثار القانونية المترتبة على الاستفتاء	- المطلب الرابع
١٣٧٢	: شروط الاستفتاء	- المطلب الخامس
١٣٧٤	: في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية	• المبحث الثاني
	• الفصل السادس •	
١٣٧٩	الاحتراف في استعمال السلطة التشريعية	
١٣٧٩	: المفهوم العام لسوء استعمال السلطة	• المبحث الأول
١٣٨١	: الأغراض التي يستهدفها مشروع من النصوص القانونية	• المبحث الثاني
١٣٨٢	: التمييز بين مقاصد تشريعية لا تتناقص السنور ومقاصد تشريعية تخالفه	• المبحث الثالث
١٣٨٧	: نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة	• المبحث الرابع
١٣٨٩	: مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة	• المبحث الخامس
١٣٩٢	: فائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعثها	• المبحث السادس
١٣٩٥	: ضرورة الخوض في مباشرة رقابة القضائية على سوء استعمال السلطة	• المبحث السابع
١٣٩٧	: الطبيعة التصديعية والاحتياطية لعباب إساءة استعمال السلطة	• المبحث الثامن
١٤٠٠	: اعراض الدستور بين تعميم وتخصيصها	• المبحث التاسع
١٤٠٣	معرفة بير بسوء استعمال السلطة التشريعية بوظائفها. وبين الو قع التي	• المبحث العاشر
	وجهتها لتنظيم موضوع معين	

- ١٤٠٥ • المبحث الماحي محفر : خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية
- ١٤٠٨ • المبحث الثاني محفر : إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد
- ١٤١٠ • المبحث الثالث محفر : إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية
- ١٤١٣ • المبحث الرابع محفر : الأهمية الحقيقية لحجب إساءة استعمال السلطة
- ♦♦الفصل السابع♦♦
- ١٤١٦ الرقابة الدستورية على إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة  
لحقوق المواطنين وحرياتهم









شركة الجلال للطباعة



CENTRE RENÉ-JEAN DUPUY POUR LE DROIT ET LE DÉVELOPPEMENT

# LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONALITÉ DANS SES ASPECTS FONDAMENTAUX

Bibliotheca Alexandrina



0431202

Le Conseiller Dr.

**AMAR EL-MOH**

Ancien Président de la  
Haute Cour Constitutionnelle